



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

Consecuencias familiares y económicas derivadas del
divorcio

Autor/es

ANNA ANDRÉS CABEZAS

Director/es

JUAN MANUEL MURILLAS ESCUDERO

Facultad

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Titulación

Grado en Derecho

Departamento

DERECHO

Curso académico

2016-17



Consecuencias familiares y económicas derivadas del divorcio, de ANNA
ANDRÉS CABEZAS

(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative
Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported.
Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los
titulares del copyright.



**UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA**

TRABAJO FIN DE GRADO

**CONSECUENCIAS FAMILIARES Y ECONÓMICAS
DERIVADAS DEL DIVORCIO**

ANNA ANDRÉS CABEZAS

Tutor: Dr. D. Juan Manuel Murillas Escudero

GRADO EN DERECHO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

AÑO ACADÉMICO 2016-2017

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| ABREVIATURAS | 2 |
| RESUMEN | 3 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 4 |
| 2. EL DIVORCIO | 6 |
| 2.1. QUÉ ES EL DIVORCIO | 6 |
| 2.2. SISTEMA ESPAÑOL ANTES DE LA REFORMA | 6 |
| 2.3. EL DIVORCIO TRAS LA REFORMA DEL AÑO 2005 | 8 |
| 2.4. TIPOLOGÍA | 10 |
| 2.5. NOTARIOS Y SECRETARIOS JUDICIALES | 11 |
| 2.6. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LOS TIPOS DE DIVORCIO | 12 |
| 3. LA PATRIA POTESTAD | 14 |
| 3.1. CONCEPTO | 14 |
| 3.2. REGULACIÓN Y MODIFICACIONES | 15 |
| 3.3. ¿QUIÉNES ESTÁN SUJETOS A ESTA INSTITUCIÓN Y DE QUÉ FORMA? | 17 |
| 3.4. ACTOS QUE ABARCA LA PATRIA POTESTAD | 18 |
| 3.4.1. <i>Se ejercerá siempre en interés de los hijos</i> | 18 |
| 3.5. DERECHOS Y DEBERES DE CADA PARTE EN LA PATRIA POTESTAD | 19 |
| 3.5.1. <i>De los padres</i> | 19 |
| 3.5.2. <i>De los hijos</i> | 19 |
| 3.5.3. <i>Representación legal: administración de bienes y excepciones</i> | 20 |
| 3.6. EXTINCIÓN Y PRIVACIÓN | 22 |
| 3.7. PRÓRROGA Y REHABILITACIÓN | 23 |
| 4. GUARDA Y CUSTODIA (COMPARTIDA)..... | 25 |
| 5. ALIMENTOS..... | 27 |
| 5.1. OBLIGACIÓN O DEBER | 27 |
| 5.2. TIPOS DE ALIMENTOS Y QUÉ INCLUYEN | 29 |
| 5.3. DETERMINACIÓN, MODIFICACIÓN Y CUESTIONES ACTUALES..... | 30 |
| 5.4. EXTINCIÓN..... | 32 |
| 6. VIVIENDA FAMILIAR..... | 34 |
| 7. PENSIÓN COMPENSATORIA | 37 |
| 8. CONCLUSIONES | 42 |
| BIBLIOGRAFÍA | 45 |
| RECURSOS..... | 48 |
| JURISPRUDENCIA | 49 |

ABREVIATURAS

| | |
|-----------------|---|
| Art. | Artículo |
| Arts. | Artículos |
| AAP | Auto de Audiencia Provincial |
| AP | Audiencia Provincial |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| <i>Cit.</i> | Citado |
| CC | Código Civil |
| CE | Constitución Española |
| CP | Código Penal |
| LO | Ley Orgánica |
| LOPJM | Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil |
| LJV | Ley de la Jurisdicción Voluntaria |
| <i>Op. cit.</i> | Obra citada |
| SSAP | Sentencias de la Audiencia Provincial |
| SSTS | Sentencias del Tribunal Supremo |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| Ss. | Siguientes |
| <i>Sic</i> | Así fue escrito |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TS | Tribunal Supremo |
| TSJ | Tribunal Superior de Justicia |
| <i>Vid.</i> | Véase |

RESUMEN

En este trabajo he querido recopilar y realizar una actualización de algunas instituciones jurídicas que se derivan de la disolución matrimonial, concretamente del divorcio.

Instituciones como la patria potestad, la guarda y custodia, los alimentos, la vivienda familiar, la pensión compensatoria e incluso la propia figura del divorcio se han visto modificadas en los últimos años no sólo por la aprobación de leyes como la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que permitió por primera vez en España el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino también por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, con la que se deja atrás un sistema causal de divorcio, apareciendo un nuevo sistema donde prima la autonomía de la voluntad, así como por la numerosa jurisprudencia que se deriva del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y de la Audiencias Provinciales que suponen un avance hacia una sociedad más libre en la cual la autonomía de la voluntad tiene un papel preponderante.

ABSTRACT

The aim of this project is to compile and update some legal institutions that come from the dissolution of a marriage, specifically the divorce.

Institutions such as patria potestas, guardianship and custody, food, family housing, compensatory pension even the divorce figure have been modified in recent years not only for the adoption of the laws like the Law 13/2005, from 1th of July, that modifies de Civil Code in terms of law to enter into a marriage. That law allowed for the first time in Spain the same-sex marriage. The law from 15/2005, 8th of July, which amends the Civil Code and the Law of Civil Procedure in matters of separation and divorce, that left the casual system of divorce behind. It appeared a new system in which take precedence the exercise of the free will, as well, numerous jurisprudence that derives from the Constitutional Court, Supreme Court and the Provincial Hearings that suppose an advance toward a freer society in which the autonomy of the will has a preponderant role.

1. INTRODUCCIÓN

En España la estructura familiar se encuentra en un proceso de cambio desde hace al menos diez años; fundamentalmente en este sentido ha incidido la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiéndose a partir del día 3 de julio de 2005 el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Cada vez más nos encontramos con las llamadas familias “reconstituidas”, es decir, formadas ya no necesariamente por un padre y una madre biológicos, sino que podemos observar familias que están compuestas por parejas homosexuales, bien, dos padres, o bien, dos madres, pero no sólo existe esta tipología, sino también familias monoparentales o nucleares, conformadas por un solo padre o una sola madre. Y, además, podríamos englobar aquí las familias que se constituyen de nuevo tras un proceso de divorcio, donde entran una o varias personas dentro del núcleo familiar, procediéndose a la creación de una nueva unidad familiar. Estas diversas composiciones familiares nos llevan a la más pura manifestación de los derechos de libertad de sexo, elección y expresión, los cuales se encuentran insertos en el capítulo 2, sección primera, artículos, 14, 15, 16, 17, 18 y 20 de la Constitución Española.

El divorcio va a ser una de las instituciones más presente en nuestra sociedad sin importar el tipo de unión, bien sea civil, o bien sea religiosa. En España se producen casi siete rupturas por cada diez matrimonios, encontrándonos con que uno de cada siete hogares en los que conviven parejas, son parejas de hecho; los datos anteriores los aporta el informe del Instituto de Política Familiar (IPF)¹ de mayo de 2016 sobre la evolución de la familia en España, además compara el número de parejas de hecho en el año 2001 (563.785) con el número en el año 2014 donde la cifra se vio triplicada (1.602.900), pero además se aumentó en 25.800 parejas de hecho un año después.

El Instituto Nacional de Estadística en septiembre de 2016 emitió el informe anual sobre divorcios, separaciones y nulidades en el cual nos refleja con datos que, en el año 2015 se redujeron en un 4,2% el número de divorcios respecto al año anterior; aquí debemos tener en cuenta el periodo de crisis económica vivido en los últimos años; un

¹ <http://www.ipfe.org/España/Documento/105>

divorcio es costoso y, quizá, algunas parejas no pudieran llevar a cabo formalmente este trámite en ese preciso momento.

Cabe tener en cuenta que divorciarse no supone únicamente un gasto económico en abogados, procuradores, documentos, etc. sino que del mismo se derivarán una serie de consecuencias no sólo económicas, sino personales, afectando a todos los miembros de la familia. Las consecuencias que veremos en este trabajo son diversas e importantes y afectarán a algunas figuras familiares: patria potestad, guarda y custodia, pensión alimenticia, pensión compensatoria y atribución de la vivienda familiar que, van a ser las consecuencias que tratemos en este trabajo. Va a suponer la finalización del régimen económico matrimonial, si se encuentran en régimen de gananciales y, en ocasiones un debilitamiento de la relación de los padres para con los hijos.

Concretamente, en el estudio realizado por ARCH MARÍN en la Universidad de Barcelona² viene a decirnos en resumen que, la ruptura del núcleo familiar es una situación del día a día en nuestro país y lo que más preocupa, sobre todo a los psicólogos, es la reacción de los hijos ante esta situación, van a buscar siempre el mejor modo de que éstos se adapten a la nueva forma de vida tras la ruptura. Dejándonos constancia de la influencia que tienen los conflictos interparentales ya no sólo en la que fue la pareja sino, en los hijos, llegando en ocasiones a generar a éstos últimos, estrés, ansiedad, depresión, problemas de adaptación, de personalidad y en casos puntuales problemas de conducta.

² ARCH MARIN, M., “Divorcio conflictivo y consecuencias en los hijos: implicaciones para las recomendaciones de guarda y custodia”, en *Papeles del psicólogo*, Latindex, Vol. 31, pp. 183 a 190, 2010.

2. EL DIVORCIO

2.1. Qué es el divorcio

El divorcio es una de las modalidades de disolución del vínculo matrimonial de nuestro ordenamiento jurídico. Aparece reflejado en nuestro Cc. en el art. 85 como medio de disolución del matrimonio junto con la muerte y la declaración de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja.

Si bien es cierto, no encontramos una definición concreta de qué es esta institución jurídica; podemos señalar que se trata de una forma jurídica de disolución del vínculo matrimonial que conlleva la revocación del consentimiento matrimonial, es una disolución *ex nunc*, es decir, “*desde este momento no consiento mi relación matrimonial*”. El divorcio va a dar la posibilidad, a ambas partes, de poder contraer matrimonio con otras personas de forma libre.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE lo define como aquella “disolución del matrimonio civil decretada judicialmente en vida de ambos cónyuges, a petición de uno de ellos, o de los dos”.³

2.2. Sistema español antes de la reforma

En nuestro país la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio realizó una profunda revisión de la figura, pasando a ser una figura jurídica no causal.

El causalismo consistía en la existencia de una serie de causas que, de existir, permitían solicitar la disolución del vínculo matrimonial. Estas causas, concretamente eran cinco y, se encontraban en el art. 86⁴ del Cc., vigente en el año 1981.

³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (coord.), DE PABLO CONTRERAS, P. y PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *Curso de Derecho Civil (IV), Derecho de Familia*, Edisofer S.L., 2017, p. 176.

⁴ Cc. art. 86, año 1981. 1. “El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio. 2. “El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia. 3. “El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos: a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos. b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación. 4. “El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los

En estos años previos a la reforma del año 2005, los tribunales empezaron a decretar divorcios por el mero hecho de no convivencia, es decir, si una pareja no deseaba vivir junta, no tenía por qué alegar una causa que no era cierta o, causas que en ocasiones eran difíciles de demostrar, como por ejemplo el incumplimiento de los deberes conyugales, además, los jueces para comprobar estos hipotéticos incumplimientos debían entrar a conocer cuestiones puramente íntimas de la pareja, no siendo en ocasiones posible la práctica de la prueba, por lo tanto, se decretaba el divorcio por la pérdida de la *afectio maritalis*.

Como efecto de todo lo anterior, los jueces estaban actuando a veces, *contra legem*, quizá también vulnerando el derecho constitucional que protege el libre desarrollo de la personalidad, pudiéndose además observar diferencias entre las Audiencias y Tribunales de las Comunidades Autónomas en las decisiones tomadas por sus jueces, esto es lo que el catedrático RUIZ-RICO RUIZ⁵ nos pone de manifiesto, siendo para el mismo autor relevante en aquel momento la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado del año 1987⁶. No obstante, huelga decir que, en algunas ciudades eran más conservadores y velaban por la necesidad de observar alguna de las causas estipuladas, mientras que en otras localidades existía más libertad en cuanto que, como causa se alegaba la falta de afecto entre la pareja, pudiéndose llegar a considerar discriminatoria esta diferencia; era una cuestión que se debía resolver con la mayor celeridad posible, así lo reflejó el mismo autor en el texto mencionado a pie de página.

Con la aprobación de la Ley 15/2005 se solventaban los problemas anteriores, así como se producía un avance en la sociedad moderna donde, iba a primar la autonomía de la voluntad de las partes para divorciarse.

cónyuges. 5. "La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

⁵ RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y CASTAÑOS CASTRO, P., "Matrimonio y divorcio: sistemas legales de divorcio. La acción de divorcio. Los pactos matrimoniales", *apuntes de la Universidad de Málaga*, p. 3, no consta año ni editorial.

⁶ Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 31 de marzo de 1987, donde la Dirección General desestima un recurso que pretendía la inscripción de un matrimonio, contraído el 21 de septiembre de 1985, *in artículo mortis*, estando el esposo ligado por un matrimonio anterior hasta febrero de 1986, por lo tanto, en base al art. 89 del Cc., se rechazó la inscripción que pretendía la actora.

En la misma línea, la SAP de Madrid (sección 22) de 21 de abril de 1997, la demandante de la Resolución anterior interpuso demanda de menor cuantía sobre la validez del matrimonio contra la anterior esposa del fallecido; declarándose del mismo modo, sentencia desestimatoria, también con fundamento en el art. 89 Cc., ya que no había recaído sentencia firme en el momento de las nuevas nupcias.

2.3. El divorcio tras la reforma del año 2005

Aprobar la Ley 15/2005 supuso el otorgamiento de libertad para divorciarse, es decir, la libre elección y la libre voluntad de las personas, rompiéndose en este momento el sistema patriarcal⁷ de familia que existía.

Y, a raíz de la supresión de este sistema y de las causas de divorcio, la unión y la disolución del matrimonio, debió suponer para muchos ciudadanos, a mi modo de ver, una mayor libertad de decisión, de la búsqueda de la felicidad propia y la formación de una familia, lejos de aquel antiguo sistema previo a la reforma.

Con este cambio, desaparece el que fue llamado “divorcio en dos pasos”⁸, con anterioridad a la reforma de 2005 los trámites de divorcio podían demorarse por un período largo de tiempo, se precisaba en primer lugar que se produjese una separación, es decir, el cese de la convivencia y posteriormente, cuando este cese era fehaciente, entonces se llevaban a cabo los trámites de divorcio propiamente dichos. La reforma suprime este tipo de divorcio por uno más sencillo, en el cual el divorcio, se hace firme en el mismo momento en que es firmado por el Juez; de esta forma se quiere evitar el dolor y el sufrimiento no sólo de la pareja sino de los hijos si existieren. Asimismo, la demora del proceso conllevaba dificultad para rehacer la vida de las partes.

La libre voluntad de ruptura, es decir, la expresión de la autonomía de la voluntad, trata de velar por el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libre elección; algo que la ley vigente anteriormente no permitía, y, que, en mi opinión se debería haber tenido en cuenta esta autonomía de la voluntad como eje y fundamento de esta institución jurídica ya en tiempos anteriores a 2005.

Respecto a la reforma que acabamos de tratar, autores como CERDEIRA⁹, entre otros, han manifestado que no se ha producido una desaparición total del régimen causalista, sino que se encuentra encubierto, siendo la causa actual esa pérdida de *affectio maritalis* que se venía empleando antes del cambio legislativo.

⁷ Lo que quiere decir que, el varón deja de ser la autoridad en la familia, se promulga una igualdad entre los sexos.

⁸ RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y CASTAÑOS CASTRO, P., “Matrimonio y divorcio: sistemas legales de divorcio. La acción de divorcio. Los pactos matrimoniales”, *op. cit.*, p. 4.

⁹ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Matrimonio y Constitución*, editorial Reus, 2013, pp. 41 a 44.

Por el contrario, estimo acertada la opinión del catedrático RUIZ-RICO y la profesora CASTAÑOS¹⁰ que no consideran esa reconfiguración de las causas, argumento que ha sido apoyado por numerosa doctrina¹¹, debido a que, si realmente se tratará de un sistema causal encubierto, el Juez podría desestimar un divorcio si no se consigue probar que se ha perdido la *affectio*, aspecto que no sucede, por lo tanto, debe proceder necesariamente a la disolución del vínculo matrimonial sin necesidad de probar nada.

Y, por último, una peculiaridad, en un divorcio consensuado o de mutuo acuerdo, se da la posibilidad de dictar la sentencia de divorcio en un primer momento y posteriormente emitir un auto con la disolución del régimen económico matrimonial y derechos de visitas entre nietos y abuelos; los aspectos relativos a los alimentos, patria potestad, guarda y custodia, etc. serán tratados obligatoriamente en la sentencia de divorcio y ratificados por el Juez en la misma, ya que se consideran cuestiones importantes y del día a día, no como las que se llevan a cabo en auto, que se van a dar en un momento más puntual (por ejemplo, el régimen económico matrimonial se disuelve una única vez).

Es prácticamente inviable, pero se pueden dar cuatro circunstancias en las que un Juez desestime la demanda de divorcio:

- En caso de incumplimiento del requisito exigido por el art. 86 del Cc. de estar casado al menos tres meses.
- Por defectos procesales, es decir, falta de documentos como el certificado de inscripción del matrimonio o del nacimiento de los hijos (art. 770. 1.ª LEC); aquí se suele dejar un plazo de tiempo para subsanar.
- Falta de acreditación del matrimonio por no estar inscrito en el Registro Civil.
- O en caso de reconciliación, deberán personarse ante el Juez para que desestime la demanda, que acudan ambas partes es la prueba que precisa para desestimar.

¹⁰ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y CASTAÑOS CASTRO, P., *op. cit.*, p. 5 y 6.

¹¹ Algunos textos donde encontramos opiniones en la misma línea: LASARTE ÁLVAREZ, C. “Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 655. POUS DE LA FLOR, M. P., “Igualdad conyugal y custodia compartida en la Ley 15/2005, de 8 de julio”, en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, p. 1743 y ss. PÉREZ MARTÍN, A. J., “El divorcio que viene”, en *Revista de Derecho de Familia*, nº 26, 2005, pp. 3 a 5.

En resumidas cuentas, el Juez cuando recibe una demanda de divorcio va a comprobar fundamentalmente dos aspectos, primero que se cumpla el requisito de los tres meses del art. 86 Cc., y segundo, que se cumplan los aspectos formales.

Finalmente, el divorcio tiene carácter vitalicio, característica que lo hace peculiar y que puede llevarnos a pensar que se trata de una acción personalísima.

2.4. Tipología

Los arts. 86 y 87 del Cc. donde se encuentran regulados los tipos de divorcio, son preceptos poco claros, más bien, considero que la redacción que se llevó a cabo hace más ardua su comprensión y genera todavía más dudas.

Tenemos claro hasta aquí que, la reforma llevada a cabo en 2005 sustituyó un sistema causal, en palabras de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, por un sistema de divorcio fundado exclusivamente en la voluntad de los cónyuges (de ambos, o de uno solo de ellos) sin necesidad de alegar causa alguna¹².

Por lo tanto, contamos con dos tipos de divorcio, por un lado, el divorcio contencioso y, por otro lado, el divorcio de mutuo consentimiento.

El primero, es solicitado por uno de los cónyuges o, por ambos, pero no se hallan de acuerdo en las condiciones del convenio regulador¹³.

Mientras que, en el segundo caso, el divorcio es solicitado por ambos cónyuges o, por uno con el consentimiento del otro¹⁴.

Como requisito común a ambos, al presentar la demanda de divorcio es necesario que hayan transcurrido al menos tres meses desde que se contrajo matrimonio; la única excepción que se contempla y que puede llevar a que no sea preciso el cumplimiento de este requisito es la situación que se contempla en el art. 81. 2º del Cc., cuando *se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio*.

¹² Véase MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., en *Código Civil comentado*, Volumen I, de los directores CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., Civitas, 2ª edición, 2016, pp. 491 a 497.

¹³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 4ª edición, 2013, pp. 227 a 229.

¹⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *ibídem*, pp. 227 a 229.

La diferencia más relevante o fundamental, se encuentra en la propuesta del convenio regulador (art. 90 Cc.), en el contencioso no existe porque no están de acuerdo, pero, sí se presentará junto con la demanda, la petición de medidas definitivas para regular los efectos que tendrá el divorcio; mientras que en el de mutuo acuerdo, el convenio regulador lo presentarán junto con la solicitud de extinción del vínculo matrimonial.

Otra diferencia se basa en la forma de solicitud del divorcio, si es de mutuo acuerdo, los cónyuges podrán llevar a cabo el convenio regulador ante el Secretario judicial o ante un Notario¹⁵, habiendo decidido las partes lo que desean. Por el contrario, en caso de un divorcio contencioso, el proceso va a llegar a un tribunal, siendo el Juez y, no ya las partes, quien decidirá sobre todos los aspectos personales, familiares y económicos que conlleva y afectan a una disolución matrimonial.

Como pone de manifiesto ACEDO PENCO, no es posible el divorcio de hecho, sino que se precisa siempre de una declaración legal, mediante sentencia del juez, mediante decreto del secretario judicial o a través de escritura notarial¹⁶.

2.5. Notarios y Secretarios judiciales

Como queda reflejado en el apartado anterior, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria del año 2015, llevó a cabo una reforma de algunos preceptos tanto del Cc. como de la LEC y, lo que más nos va a interesar aquí, es esa ampliación de funciones que se hace tanto a los Secretarios judiciales como a los Notarios y que se pone de manifiesto en la modificación del art. 82. 1 del Cc.

En la disposición final, apartado nueve de la citada ley, nos dice: *se añade un apartado 10 al artículo 777 de la LEC*¹⁷; este apartado es el que señala el procedimiento de divorcio ante el Secretario judicial.

¹⁵ Esta ampliación de funciones a estos dos profesionales proviene de la modificación que realizó la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, concretamente en la disposición final primera en el apartado dieciocho se modifica el art. 82.1 del Cc., donde se añade esa posibilidad de realizar un divorcio de mutuo acuerdo ante los anteriores profesionales: *Los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario [...]*.

¹⁶ ACEDO PENCO, Á., *Derecho de Familia*, Dykinson, 2ª edición, 2016, p. 97.

¹⁷ *Si la competencia fuera del Secretario judicial por no existir hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges ante el Secretario judicial, este dictará decreto pronunciándose, sobre el convenio regulador. El decreto que formalice la propuesta del convenio regulador declarará la separación o divorcio de los cónyuges. Si considerase que, a su juicio, alguno de los acuerdos del convenio pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirá a los otorgantes y dará por terminado el procedimiento. En este caso,*

En primer lugar, se produce la ratificación del divorcio, es decir, la firma de un documento por cada parte a través del cual, muestran su conformidad tanto con el divorcio como con lo estipulado en el convenio regulador y, en segundo lugar, el Secretario judicial emitirá un decreto pronunciándose sobre el convenio.

Por otro lado, en el caso de los Notarios, a través de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en la disposición final undécima, se modifican algunos preceptos de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado, concretamente nos interesa aquí la modificación del artículo 54¹⁸. Este proceso mediante escritura pública es mucho más breve que en el caso de los Secretarios judiciales ya que, sólo será viable cuando no tengan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada por resolución judicial. Simplemente expondrán el convenio regulador en escritura pública y ratificarán, ambos cónyuges su consentimiento ante Notario.

A pesar de que el proceso se lleve a cabo ante el Secretario judicial o un Notario, se tendrán que cumplir los requisitos que se solicitan para la separación en el art. 82 Cc además de los dos siguientes:

1º. Se trate de un divorcio de mutuo acuerdo.

2º. No existan hijos menores no emancipados o que dependan de sus progenitores por haber sido incapacitados judicialmente.

2.6. Ventajas y desventajas de los tipos de divorcio

El divorcio, sea del tipo que sea, genera una serie de consecuencias personales y patrimoniales tanto en los miembros del matrimonio como en los hijos.

- Consecuencias personales: se produce una ruptura de la vida y del núcleo familiar; así como el drama de que una de las partes no esté de acuerdo con dicha separación y surjan problemas que puedan desembocar en la realización de un divorcio

los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador. El decreto no será recurrible. La modificación del convenio regulador formalizada por el Secretario judicial se sustanciará conforme a lo dispuesto en este artículo cuando concurran los requisitos necesarios para ello.

¹⁸ 1. Los cónyuges, cuando no tuvieren hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de ellos, podrán acordar su separación matrimonial o divorcio de mutuo acuerdo, mediante la formulación de un convenio regulador en escritura pública. Deberán prestar su consentimiento ante el Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes. 2. Los cónyuges deberán estar asistidos en el otorgamiento de la escritura pública de Letrado en ejercicio. 3. La solicitud, tramitación y otorgamiento de la escritura pública se ajustarán a lo dispuesto en el Código Civil y en esta ley.

contencioso. También los conflictos que se puedan generar por una expareja enojada o celosa, provocando un daño a la otra parte a través de los hijos con comentarios despectivos hacia la nueva pareja o sobre la educación que le está dando a su hijo. Provocando no sólo un daño a la otra parte, sino a los hijos que son los miembros más vulnerables. Actualmente en televisión estamos viendo situaciones lamentables en las que, para vengarse de la ex pareja, algunas personas han llegado a matar a sus hijos.

- Consecuencias patrimoniales: conlleva un empobrecimiento para ambas partes. Pero en ninguna circunstancia puede producirse un menoscabo económico ya que, se debe proceder a un reparto de bienes lo más equitativo posible, sin olvidarnos de la procedencia, en su caso, de la pensión compensatoria.

En el siguiente cuadro vamos a observar las ventajas y desventajas de forma más clara y sencilla:

| | Mutuo acuerdo | Contencioso |
|-------------|--|---|
| Ventajas | <ul style="list-style-type: none"> - No hay juicio, basta con la ratificación de ambas partes mediante el convenio regulador -> Reducción de costes. - Ambas partes pueden acudir con el mismo abogado y procurador. -> Reducción de costes. - Más rápido. - Menos doloso para ambas partes, así como para los hijos. - No habrá evaluación psicológica de los menores. | <ul style="list-style-type: none"> - Todas las decisiones las va a tomar el Juez, tanto respecto al reparto de bienes como todo lo relativo a los hijos. |
| Desventajas | <ul style="list-style-type: none"> - En ocasiones intentar llegar a un acuerdo puede ser complicado y puede llegar a mermar la buena relación que existía entre la pareja. - Pueden darse acuerdos desiguales o ilegales, es decir, aspectos en los que una de las partes se vea perjudicada de forma grave o que no estén admitidos por ley; en estas situaciones intervendrá el Juez. | <ul style="list-style-type: none"> - Es un proceso más lento. - Más caro, porque aquí ambas partes intervienen cada una con su abogado y su procurador. - Más doloroso para los miembros de la familia. - Los hijos a veces son llamados a intervenir ante el Juez para poder decidir sobre lo más conveniente para ellos, tanto en el aspecto personal como patrimonial. |

3. LA PATRIA POTESTAD

Una de las consecuencias del divorcio es determinar la patria potestad de los padres respecto de los hijos.

3.1. Concepto

En el Cc. no aparece una definición de esta institución, pero sí establece quién la ostenta y sobre quién, cómo se ejerce y cómo se lleva a cabo, aspectos que trataremos posteriormente.

De la lectura de los arts. 154 y ss., podemos extraer la siguiente definición:

La patria potestad es el conjunto de derechos, deberes y obligaciones que se atribuyen a los padres en beneficio de los hijos. Siendo los progenitores los responsables de velar por la alimentación de éstos, su educación y su seguridad, así como una correcta administración de los bienes que se encuentren bajo la titularidad del menor no emancipado o del incapacitado judicialmente.

Ahora bien, más concreta, acertada y acorde con los tiempos me parece la definición que da DÍAZ-AMBRONA¹⁹ cuando dice: la patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia, fundada en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza (matrimonial o no matrimonial, por filiación natural o asistida, o adoptiva). Actualmente más que un poder es una función establecida en beneficio de los hijos menores, ejercida por ambos progenitores conjuntamente y cuyo contenido está formado más por deberes que por derechos²⁰.

O, como define ALBALADEJO, el poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos²¹.

Tres características que posee esta figura:

- Se trata de una institución obligatoria.
- Es personal e intransferible.
- Se ejerce en beneficio e interés de los hijos y de su personalidad.

¹⁹ DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., en *Protección jurídica del Menor* de POUS DE LA FLOR, M. PAZ (coord.), TEJEDOR MUÑOZ, L.(coord.), LASARTE ÁLVAREZ, C., RUIZ JIMÉNEZ, J., DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., LEONSEGUI GUILLOT, R. A., SERRANO GIL, A., Tirant Lo Blanch, 2017, p. 67.

²⁰ Vid. DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., *Lecciones de Derechos de Familia*, Madrid, 2007, p. 432. Además, STS de 31 de diciembre de 1996 (RJ 9223/1996).

²¹ ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil IV*, 12ª ed., Edisofer, 2013, pág. 287.

3.2. Regulación y modificaciones

La patria potestad se encuentra regulada en el Título VII, bajo la rúbrica *De las relaciones paterno-filiales*, capítulo primero, pero, además, vamos a tener como complemento y apoyo para algunos aspectos que veremos a continuación, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM).

Esta última ley ha sufrido dos modificaciones importantes en los dos últimos años, una con la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia y, por otro lado, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. Y, por último, pero no menos importante, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria va a modificar el art. 156.2º del Cc.

En primer lugar, las modificaciones de la LO 8/2015:

Con la aprobación de esta normativa se pretendía complementar la LOPJM, la reforma fue profunda, pero en este momento únicamente nos van a interesar dos puntos cruciales que llevó a cabo.

A partir de su entrada en vigor ya contamos con una definición de “interés superior del menor” en el art. 2 de la LOPJM, por lo tanto, deja de ser ya un concepto jurídico indeterminado, apoyándose esta reforma en la jurisprudencia, entre otras, STS de 14 de mayo de 1987 (RJ 3383/1987) y SAP de Barcelona de 9 de septiembre de 1997 y en criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial²².

“A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales [...]”²³: se encuentren

²² Párrafos 41 a 45.

²³ 2.2. *A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.*

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y

satisfechas todas las necesidades básicas del menor, se tengan en cuenta no sólo sus deseos y sentimientos, sino también su opinión. Y al mismo tiempo, que su vida y su desarrollo como persona se lleve a cabo en un ambiente familiar apropiado y libre de violencia²⁴.

Los criterios generales anteriores, se valorarán en función de la edad y la madurez del hijo menor, la necesidad de garantizar la igualdad y la no discriminación por ser la parte más vulnerable, así como la necesidad de cierta estabilidad en las decisiones que se adopten durante el crecimiento del menor y que se respeten sus garantías procesales.

Los siguientes artículos reformulados de la LOPJM han sido el 9 y el 10, vienen a disponer ambos los siguientes derechos y medidas: el art. 9 trata sobre el derecho de los menores a ser oídos²⁵ tanto en el ámbito familiar como en el seno de un procedimiento administrativo, judicial o de mediación cuando se vea afectado personalmente, y el art. 10 establece una serie de medidas para facilitar el ejercicio del derecho a ser oídos del anterior precepto. Por lo tanto, se vela por el derecho a ser oído y escuchado sin discriminación por razón de edad²⁶, discapacidad u otra circunstancia; hablamos ya de madurez, no de juicio como se establecía antes de la reforma, se considera que tendrá suficiente madurez a los doce años; la comparecencia o audiencia del menor en procesos judiciales o administrativos será predominante; se permite a los menores que acudan con quejas al Defensor del Pueblo o instituciones análogas y, la posibilidad de que soliciten

conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

²⁴ Véase la STC 141/2000, de 29 de mayo de 2000. BOE núm. 156, suplemento, pp. 40 a 46. Sentencia que versa sobre el interés superior del menor, interés que primará siempre y, sobre todo, si se produce *colisión entre los derechos fundamentales del menor y los de sus progenitores*. Comentada en MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., ESCRIBANO TORTAJADA, P., *Comentarios a las sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 1329.

²⁵ Así se refleja este derecho a ser oídos en la STS 3383/1987 “*el párrafo segundo del artículo 92 del Código Civil (...) establece una norma de carácter imperativo y de obligado cumplimiento para los órganos jurisdiccionales*”.

²⁶ No se va a discriminar por la edad, pero sí se va a tener en cuenta para tomar decisiones o para que sea oído, considerando si tiene suficiente madurez, por ejemplo, STS 713/1996 de 17 de septiembre de 1996 (RJ 4858/1996) “*con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado*”.

En el mismo sentido se observa la SAP Valladolid de 7 de julio de 1999 (RJ 1101/1999) “*cuenta actualmente con la edad de 15 años, superior a la que el legislador establece para que pueda tomar la decisión de contraer matrimonio (14 años), o la señalada para que preste su consentimiento en la adopción (12 años), que se refieren a hechos tan relevantes y trascendentes como el de decidir con cuál de los padres desea vivir, por lo que debe otorgarse especial trascendencia a la opinión del menor*”.

la asistencia de un abogado y se les nombre defensor judicial, de este modo se refuerza la tutela judicial efectiva de los menores así como el derecho a ser escuchado.

En segundo lugar, las modificaciones que ha introducido la Ley 26/2015:

Con esta ley se van a modificar preceptos de la LOPJM y del Cc. Respecto a la primera de estas leyes, se va a incluir en la ley un capítulo nuevo, “Deberes del menor”, del art. 9 bis al art. 9 quinquies (sic), vemos reflejados deberes de los menores en el ámbito social, escolar, familiar y de los propios menores.

Y, respecto a las modificaciones que ha realizado esta ley en el Cc., únicamente contamos con la reedición del art. 154, en el cual se van a incluir los deberes de los padres para con los menores como titulares de la patria potestad, así como ese derecho de los menores de ser escuchados.

3.3. ¿Quiénes están sujetos a esta institución y de qué forma?

Se encuentran sujetos a patria potestad aquellos menores de edad no emancipados de forma genérica y, de manera subsidiaria, aquellos mayores de edad que se encuentran incapacitados judicialmente, procediéndose a continuar o a prorrogar esta institución en la figura de sus progenitores.

Va a ejercerse de distintos modos, los cuales aparecen reflejados en el art. 156 Cc.:

1. Patria potestad conjunta, llevada a cabo por ambos progenitores.
2. Por uno de ellos bien conforme al uso social, costumbre o en casos de urgente necesidad o bien, uno de los progenitores con el consentimiento expreso o tácito del otro.

Puede darse la situación, como refleja el apartado segundo del mismo precepto, el cual fue modificado por la LJV en 2015, que, en caso de existir continuos desacuerdos entre los progenitores, se otorgará a uno de ellos la patria potestad exclusiva, y, del mismo modo que sucede en la guardia y custodia, si uno de los progenitores se encuentra inmerso en un proceso penal, se ejercerá por el progenitor que no lo esté, una patria potestad exclusiva, art. 92. 7 Cc.

3.4. Actos que abarca la Patria potestad

No vamos a encontrar en el Cc. ni en la LOPJM un precepto en el que estén establecido los actos que abarca esta institución, para ello, acudiremos a la jurisprudencia más reciente, en concreto la STS 545/2016, de 16 de septiembre de 2016 (RJ 4089/2016) y SAP Castellón 72/2016, de 3 de junio de 2016 (RJ SAP CS 698/2016), donde se establecen una serie de actos en los cuáles es necesario informar al otro progenitor y, además, teniendo que estar ambos de acuerdo para que se puedan llevar a cabo. Son los siguientes:

- Cambio de domicilio habitual del menor fuera del municipio y/o traslado al extranjero (salida del territorio nacional), excepto que se trate de periodos vacacionales.
- En casos de cambio o elección de centro educativo y actividades extraescolares que vaya a cursar el menor no emancipado o incapacitado judicialmente.
- Cuando se deban llevar a cabo intervenciones quirúrgicas, aquí también hay una salvedad, si es de extrema urgencia, no siendo posible recabar el auxilio o autorización del otro progenitor titular de la patria potestad, podrá dar su consentimiento a la intervención, el progenitor que se encuentre con el menor en el momento de llevarse a cabo.
- Para la realización de tratamientos médicos, psicológicos o similares siempre y cuando no sean triviales o superficiales. Tanto esté cubierto el tratamiento por la Sanidad pública como por un seguro privado o entrañe un gasto para el progenitor.
- Ambos deberán adoptar aquellas decisiones que tengan que ver con la realización o no de un acto religioso o social relevante.

Para que se den los casos anteriores de información entre los progenitores tiene que existir una patria potestad compartida, no exclusiva de uno de ellos, porque de este último modo, no tendrían sentido las comunicaciones ya que no se deben.

3.4.1. Se ejercerá siempre en interés de los hijos

“Se ejercerá siempre en interés de los hijos” subsumible además *en beneficio* (e interés), esto es, para favorecer el desarrollo de su personalidad, proteger sus derechos, su integridad física y moral. Los padres tienen el deber de cuidar y proteger a su hijo como mejor sea posible, educarlo y enseñarle unos valores que, son base fundamental para el resto de su vida.

Me remito al apartado 3.2. “[Regulación y modificaciones](#)”²⁷ dónde hemos visto cómo por fin, con la LO 8/2015 se ha procedido a definir qué es este interés del menor y qué conlleva (art. 2 LOPJM).

3.5. Derechos y deberes de cada parte en la patria potestad

El código nos va a enumerar en los artículos 154, apartado segundo y tercero, y 155 los derechos y deberes que ostentan en primer lugar, los padres sobre los hijos y, en segundo lugar, los derechos y deberes que poseen los hijos. Son preceptos complementarios entre sí, ya que los padres tienen que velar por los hijos y los hijos obedecer a sus padres, donde la función de uno se tiene que corresponder con la del otro.

3.5.1. De los padres

Deberes y facultades de los padres: “*1. ° Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral*”, como ya hemos comentado.

En segundo lugar “*representarlos y administrar sus bienes*”, dos deberes de los progenitores que merecen más atención y comentaremos más adelante.

En todo momento se mantiene la disposición de que, siempre que el menor no emancipado sea suficientemente maduro, será consultado antes de tomar una decisión que le afecte, para así saber lo que realmente desea y no imponerle nada de lo que pueden arrepentirse posteriormente o que no sea del agrado del menor, que se tenga en cuenta su opinión hace que se sienta más adulto, favoreciendo la relación progenitores – hijo.

3.5.2. De los hijos

Por antonomasia, los deberes de los hijos son del mismo modo, dos: “*1° Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles. 2° Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella*”.

El primero de los deberes está expresado de forma clara y concisa, por ello no vamos a

²⁷ A modo de recordatorio del apartado, el interés superior del niño comprende los siguientes aspectos: se encuentren satisfechas todas las necesidades básicas del menor, se tenga en cuenta no sólo sus deseos y sentimientos, sino también su opinión y además que, su vida y su desarrollo como persona se lleve a cabo en un ambiente familiar apropiado y libre de violencia. Los criterios generales anteriores, se valorarán en función de la edad y la madurez del hijo menor, la necesidad de garantizar la igualdad y la no discriminación por ser la parte más vulnerable, la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten durante el crecimiento del menor y que se respeten sus garantías procesales.

entrar en detalles; mientras que, el segundo referente *el levantamiento de cargas familiares*, debemos considerar qué aspectos, actuaciones o circunstancias son subsumibles dentro de este concepto que podríamos calificar como indeterminado ya que, son muchas las posibilidades o las formas de contribuir y ayudar dentro del seno familiar tanto si los progenitores están casados como si están divorciados.

Los hijos contribuirán en las tareas domésticas dentro de sus posibilidades, ya que dependiendo de la edad podrán realizar unas u otras tareas del hogar y/o colaborar en ellas como por ejemplo poner la mesa, hacer su cama, recoger su habitación, recoger la ropa sucia, etc.

En todo caso, siempre que sea mayor de dieciséis años y no emancipado, si ostenta un trabajo remunerado, los padres podrán emplear parte de lo que obtenga de su trabajo para el levantamiento de estas cargas, a modo de excepción, ya que como regla general los bienes obtenidos con su “trabajo o industria” son exceptuados de la administración paterna y, como digo, en casos excepcionales se destinarán parte de estos *beneficios* a la compra de alimentos, ropa, o todo aquello que se considere necesario e inexcusable. Los progenitores ahora no estarán obligados a rendir cuentas de los hechos relacionados con ese dinero, mientras que, en caso de bienes pertenecientes al menor, bien por sucesión o, los adquiridos de forma gratuita por voluntad de un disponente sí deberán rendir cuentas y además, el menor cuando deja de estar bajo la protección de la patria potestad por ser mayor de edad o emancipado, podrá reclamar vía judicial una rendición de cuentas si considera que se han administrado incorrectamente sus bienes o considere que se ha producido *negligencia*, pudiendo solicitarlo también el Ministerio Fiscal o algún familiar del menor que haya observado estos hechos. Respecto a estos bienes nos referiremos en el siguiente apartado.

3.5.3. Representación legal: administración de bienes y excepciones

Mención especial y punto en el que debemos detenernos un momento es acerca del deber de los progenitores de representar a los hijos, se trata de una *representación legal*, véase los artículos 162 y 163 del Cc., esta institución se establece de esta forma para suplir la falta de capacidad de los menores no emancipados, encontrándonos aquí algunas excepciones:

- Una de ellas reside en la Ley 4/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del

paciente²⁸, en la que se establece que los menores con 16 años pueden decidir.

- Aquellas actuaciones que, dependiendo de la madurez, pueda llevar a cabo el menor no emancipado respecto a su personalidad.
- Cuando entre padres e hijos exista un conflicto de intereses.
- Como hemos mencionado anteriormente, las decisiones sobre aquellos bienes privativos de los hijos.

En el tercer caso de excepción, es decir, de intereses contrapuestos, se deberá nombrar un *defensor judicial* para que le asista tanto en caso de juicio como fuera de éste; es un modo de representación. Otra situación similar se da en caso de que el conflicto exista entre uno de los progenitores por un lado y el hijo por el otro, en este caso se nombrará defensor al progenitor que no ostenta en su persona un interés contrapuesto. Así, se consigue completar la capacidad del menor.

En cuanto al deber de *administrar los bienes de los menores no emancipados*, art. 164 y ss. del Cc., se exige que los progenitores lo lleven con la *misma diligencia que los suyos propios*, debiendo administrar las cuentas y los bienes filiales, es decir, aquellos bienes a nombre de los hijos obtenidos mediante sucesión o adquisición gratuita. Excepto, sobre aquellos bienes obtenidos con el trabajo o industria del menor, aquí únicamente se permitirá la intervención de los padres en los casos en los que desee realizar un gasto mayor del que se realiza normalmente (aquí podríamos poner como ejemplo la compra de un ciclomotor).

Será necesaria autorización judicial en caso de querer enajenar, gravar o renunciar a alguno de los bienes de los hijos, con una única pero razonable excepción, el menor no emancipado mayor de 16 años que ostente la suficiente madurez, no esté incapacitado legalmente y que sabe discernir entre las actuaciones correctas de las que no lo son y, mediante documento público, consienta en que se lleven a cabo esos actos de *enajenar, gravar o renunciar*.

Junto con los bienes que se encuentran exentos de administración paterna vamos a encontrar otros diferentes de los anteriores, como, por ejemplo, los bienes que adquiere

²⁸ Art. 9. 4: *cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación*". Esto nos quiere decir que, el hijo con 16 años puede decidir respecto a decisiones médicas siempre que no tenga la capacidad modificada judicialmente (9.3.b) o cuando se trate de un menor de edad que no tenga capacidad intelectual o no sea capaz de entender el alcance que tiene por ejemplo la intervención quirúrgica a la que se le está solicitando, preste su consentimiento (9.3.c).

el menor no emancipado por sucesión, hereda el hijo en caso de que uno o ambos progenitores hayan sido desheredados de forma justa o por causas de indignidad.

3.6. Extinción y privación

La extinción aparece regulada en el art. 169 del Cc., en el cual se establecen únicamente tres situaciones:

En primer lugar, en caso de muerte o declaración de fallecimiento de los padres o de los hijos. Debemos puntualizar aquí que, en caso de fallecimiento o declaración de fallecimiento de uno de los padres, titulares de la patria potestad, la seguirá ejerciendo el progenitor que viva o, en todo caso, se extinguirá si fallece el hijo.

En segundo lugar, la emancipación. Debemos saber cuándo se puede producir la emancipación y, para ello acudiremos al art. 314 del Cc., donde, de la misma manera que aquí, existen tres maneras de emanciparse, bien por la obtención de la mayoría de edad, bien por concesión parental, o bien por concesión judicial²⁹.

En tercer lugar, por adopción. Debemos dejar constancia de que en el Cc., se produce una incorrecta expresión ya que, la adopción no supone la extinción de ésta institución, sino un cambio en la titularidad de la misma³⁰.

Y, respecto a la privación, en el art. 170 Cc., se exponen tres procesos:

Primero, por incumplimiento de los deberes que conlleva ser titular de la patria potestad³¹.

Segundo, por estar inmerso en un proceso por causa criminal³².

Por último, por sentencia en procedimiento matrimonial.

Tiene que quedar claro que, la privación supone una extinción sólo para la persona titular,

²⁹ En el art. 319 Cc. establece una alternativa más para obtener la emancipación: *Se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento.*

³⁰ POUS DE LA FLOR, M. PAZ, TEJEDOR MUÑOZ, L. (coordinadoras), *op. cit.*, p. 80.

³¹ Véase la STS 900/2005, de 10 de noviembre de 2005 (RJ 6908/2005), que recuerda la doctrina emitida por la misma Sala en el año 1996 [STS 555/1996, de 6 de julio de 1996, (RJ 4147/1996), “partiendo del supuesto de que el artículo 170 del Código Civil, en cuanto contenedor de una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva, la aplicabilidad del mismo exige que, en el caso concreto de que se trate, aparezca plenamente probado que el progenitor, al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma”]

³² En el año 2015, el Tribunal Supremo condena a diez años a un padre por un delito de violencia de género, privándole por lo tanto de la patria potestad, esta condena se puede ver en la STS 568/2015 (RJ 4122/2015). Y desde entonces hasta a día de hoy contamos con innumerables sentencias de este mismo tipo, por ejemplo: STS 191/2016 (RJ 903/2016), caso de dos tentativas de asesinato con alevosía contra sus dos hijos; STS 328/2016 (RJ 1672/2016), que trata de un delito de lesiones a un menor de edad y violencia habitual, pudiendo seguir con un largo etcétera de sentencias semejantes.

si por ejemplo hay dos titulares, el que no se encuentre en uno de los tres casos anteriores seguirá siendo titular de esta figura.

La privación puede ser total o parcial y siempre se velará por el interés del menor y su seguridad. Para llevar a cabo la privación, el Juez cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, de la lectura de la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo³³, se puede extraer la existencia de tres requisitos básicos que tienen en cuenta los jueces a la hora de determinar la privación, son los siguientes:

1º) Exigencia. La amplia discrecionalidad está exigida, porque si nos ceñimos a unas actuaciones concretas, otros actos no serían considerados privativos de esta institución, además, como bien sabemos, el derecho no es estático, sino que es dinámico, está en constante cambio, apareciendo nuevos delitos, es decir, actos que en otro momento temporal no se consideraban delito pero ahora sí, por ello hay que incluirlo, modificando la norma correspondiente, sea el Código Penal, el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil o Criminal, entre otras.

2º) Límites. Existe un amplio margen de decisión del Juez, pero no se puede olvidar que la norma establece que debe primar o potenciar el interés del menor. Interés que aparece exigido en la LOPJM³⁴.

3º) Cumplimiento. La patria potestad es ejercida en beneficio de los hijos, pero para llevarse a cabo precisa del cumplimiento de los progenitores de unos deberes, los cuales se encuentran recogidos en el artículo 154 Cc. y que hemos visto anteriormente.

3.7. Prórroga y rehabilitación

En primer lugar, la prórroga³⁵ se dará en el caso de que se trate de un menor de edad incapacitado judicialmente, este menor incapaz cuando alcanza la mayoría de edad sigue bajo la protección de sus padres o de uno de ellos, es decir, se “demora” de forma automática.

³³ Entre otras las SSTs 36/2012, de 6 de febrero de 2012 (RJ 543/2012), 315/2014, de 6 de junio de 2014 (RJ 2131/2014), 621/2015, de 9 de noviembre de 2015 (RJ 4575/2015), y 216/2017, de 4 de abril de 2017 (RJ 1335/2017).

³⁴ LOPJM del año 1996 ya con las dos modificaciones efectuadas: LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia y Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

³⁵ Véase en este sentido la STS 31/2017, de 19 de enero de 2017 (RJ 113/2017).

En segundo lugar, la rehabilitación³⁶, esta situación aparecerá cuando, un mayor de edad, soltero y que convive con sus padres, es declarado incapaz judicialmente, por lo tanto, se restituye, se regenera la institución en la figura de uno o de ambos padres. En caso de los mayores de edad, nos encontramos con causas externas, es decir, ya no se trata únicamente de una enfermedad crónica que ha sufrido desde pequeño, sino que aquí se va a deber por ejemplo a accidentes, de tal gravedad que dejan una serie de secuelas que lleva a que dependan física y económicamente de sus progenitores.

La patria potestad puede prorrogarse en los casos en los que el menor tiene una discapacidad de tal grado que no puede tomar decisiones por sí solo, el código da la posibilidad de ampliar la institución, es decir, declarada la incapacidad del mayor de edad, se “regenera” o más bien, continua el ejercicio de estos deberes en la figura de los padres para completar la capacidad de éste. En la esfera de los menores de edad incapaces, la patria potestad se prorroga de forma automática *por ministerio de la Ley al llegar aquéllos a la mayor edad*.

La prórroga y rehabilitación de la patria potestad se encuentra regulada en el artículo 171 del Cc., constando en su segundo apartado cuatro momentos en los que se va a considerar extinguida:

1. ° *Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo.*
2. ° *Por la adopción del hijo.*
3. ° *Por haberse declarado la cesación de la incapacidad.*
4. ° *Por haber contraído matrimonio el incapacitado. Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela o curatela, según proceda.*

³⁶ Al respecto podemos ver las siguientes sentencias: SAP León 342/2016, de 28 de diciembre de 2016 (RJ 1283/2016); STS 325/2012, de 30 de mayo de 2012 (RJ 6547/2012); STC 174/2002, de 9 de octubre de 2002, en este caso el Tribunal Constitucional reconoce que se ha vulnerado el derecho de un padre por, rehabilitarse la patria potestad exclusiva a la madre del hijo común incapaz sin dar audiencia al padre en el proceso en el que se llevó a cabo la incapacitación.

4. GUARDA Y CUSTODIA (COMPARTIDA)

La guarda y custodia, aunque se trata de uno de los deberes de los progenitores recogidos en el art. 154 Cc., respecto de la patria potestad, vamos a darle una especial consideración, situándola al mismo nivel que la patria potestad por ser una consecuencia personal de gran relevancia diferente a la anterior.

El divorcio se trata de una cuestión entre los progenitores, no con los hijos, por lo tanto, el art. 92. 1 Cc., viene a decirnos que no se exime a los primeros de los deberes para con sus hijos. O como dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE la “indisolubilidad de la pareja parental”³⁷.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, llevó a cabo una reforma profunda y exhaustiva del precepto completo, pero respecto al punto que estamos tratando, nos interesa: la inclusión del derecho de los menores a ser oídos (92. 2 Cc.) y, la más relevante y con más polémica en los últimos tiempos, el ejercicio compartido de la guarda y custodia.

Autores como MARÍN LÓPEZ consideran más acertada la denominación guarda y custodia alterna ya que lo que realmente sucede es una “alternancia en la posición de guardador y beneficiario del régimen de comunicación y estancia con los hijos”³⁸. Es decir, se produce una sucesión de los padres en la guarda; durante un periodo la ostenta uno y, pasado ese tiempo, pasa a ser un deber del otro progenitor velar por la guarda y custodia del hijo.

Este tipo de guarda y custodia será acordada por el Juez en caso de que lo soliciten ambas partes o lleguen a esta conclusión tras el proceso de negociación y, considere el Juez que es beneficioso para los hijos.

Por otro lado, el Juez no acordará una guarda y custodia compartida o alterna cuando uno de los progenitores se encuentre inmerso en un proceso penal *por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos* [...] o cuando existan *indicios fundados de violencia doméstica* (art. 92. 7 Cc.)

³⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (coord.), DE PABLO CONTRERAS, P. y PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Edisofer, 2016, p. 200.

³⁸ MARÍN LÓPEZ, M. J., en *Comentarios al Código Civil*, de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), Aranzadi, 2013, p. 238.

Sentencias sobre aspectos conflictivos en materia de guarda y custodia podemos observar las siguientes:

STS 323/2012, de 25 de mayo de 2012 (RJ 6542/2012), de atribución de la guarda y custodia compartida.

STS 229/2012, de 19 de abril de 2012 (RJ 5909/2012), no se concede la guarda y custodia compartida porque no se solicitó en la demanda.

SSTS de 7 de julio de 2011 (RJ 5008/2011), de 10 de diciembre de 2012 (JUR 392686/2012), se acuerda la custodia compartida por ser el mejor sistema para los menores.

SSTS de 22 de julio de 2011 (RJ 5676/2011), 27 de septiembre de 2011 (RJ 7382/2011), de 5 de octubre de 2011 (RJ 6795/2011), de 7 de junio de 2013 (RJ 3943/2013), de se tendrá en cuenta siempre, el interés del menor en el momento de acordar la custodia compartida.

Este tipo de guarda y custodia no tiene que ser excepcional, sino que, tendría que ser lo normal ya que hay una mayor relación o se hacen más fáciles las relaciones de los progenitores con los hijos en este sentido, SSTS de 2 de julio de 2011 (RJ 5676/2011), de 3 de octubre de 2011 (RJ 7381/2011), de 25 de mayo de 2012 (RJ 6542/2012).

5. ALIMENTOS

5.1. Obligación o deber

Los alimentos son una de las primeras consecuencias económicas que se producirán en caso de divorcio. Están regulados en los arts. 93, 142 a 152 y 154 del Cc., éste último fue modificado a través del art. 2. 8 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, no realizando una reforma de contenido, sino más bien, un cambio en la terminología, la palabra padres pasa a ser sustituida por progenitores, aunque si realizamos una lectura más detenida del Código Civil, vamos a observar como no en todos los preceptos se ha llevado a cabo este cambio, sino que en gran parte de ellos se mantiene *padres*.

La pensión de alimentos es comprendida como una obligación de los progenitores para con los hijos, más concretamente, como dice MARÍN LÓPEZ³⁹ “los padres tienen la obligación de alimentar a sus hijos”. Significativa en este sentido es la STS de 13 de abril de 1991 (RJ 2685/1991) que dice lo siguiente: *la obligación alimenticia, se ha de entender como deber impuesto a una o varias personas, de asegurar la subsistencia de otra o de otras y supone la conjunción de dos partes, una acreedora y la otra, deudora, que tiene el deber moral y legal de prestarlos, con la particularidad de que el primero, ha de reunir, hipotéticamente, la condición, de necesitado y el segundo, poseer medios y bienes aptos para atender la deuda.*

Autoras como CABEZUELO ARENAS⁴⁰ y en la misma línea, se cita también a REAL PÉREZ, niegan la posibilidad de una sujeción entre la obligación de alimentos y la patria potestad ya que, ésta última puede extinguirse o privarse y, si se extingue, por ejemplo, por mayoría de edad del hijo o es privado de ésta por la comisión de algún delito, finalizaría la obligación de prestar alimentos, por lo tanto, se habla más de un vínculo entre la filiación y los alimentos.

La doctrina admite únicamente la posibilidad de reclamar una pensión alimenticia una vez que se vea extinguida la patria potestad, es decir, cuando alcancen los hijos la mayoría de edad, ya que los alimentos, van implícitos en la patria potestad. Así lo entendió la AP de Girona en la sentencia de 9 de noviembre de 2001 (JUR 2001, 61179) que dice: *uno*

³⁹ MARÍN LÓPEZ, M. J en *Comentarios al Código Civil* de BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., Aranzadi, 2013, p. 240.

⁴⁰ CABEZUELO ARENAS, A. L., *Polémicas Judiciales sobre Significado, Fijación, Contenido y Variabilidad de la Pensión de Alimentos de los Hijos tras la Separación y Divorcio (art. 93 CC)*, Aranzadi, 2010, p. 15.

de los deberes fundamentales de la patria potestad es el de alimentar a los hijos, de acuerdo con lo que dispone el artículo 154. 1 del Código Civil, que persiste más allá incluso de la subsistencia de la patria potestad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 del Código Civil.

Debemos diferenciar obligación con deber, la obligación de alimentar a los hijos menores y, el deber de alimentar a los hijos mayores o emancipados.

En primer lugar, vamos a ver la obligación de alimentar a los hijos menores. Ésta viene de forma explícita en el art. 154 Cc., está entre los deberes de los progenitores⁴¹. Esta obligación, como he mencionado anteriormente, algunos autores la ligan a la filiación, independientemente de que se trate del fruto de una relación matrimonial o extramatrimonial, de que los progenitores ostenten la patria potestad o no⁴² o, que estén divorciados, al final es la filiación la que va a determinar la obligación de pagar una pensión alimenticia⁴³.

En segundo lugar, el deber de alimentar a los hijos mayores o emancipados, pasa a estar comprendido en el deber general de alimentos entre parientes, en concreto, art. 142 Cc.⁴⁴ Este deber, es generado por una carencia de recursos propios o bien por la convivencia en el hogar familiar. La SAP de Pontevedra de 26 de marzo de 2003 (AC 2003, 436) señala: *este derecho no se extingue por la mayoría de edad de los hijos, sino que debe prolongarse por un cierto periodo, que los usos sociales vienen manteniendo hasta que exista una posibilidad real de independencia económica*. Viene a significar esto que, por ejemplo, los hijos mayores de edad que estén estudiando, todavía dependen de sus progenitores, así como, aunque tengan un empleo remunerado, si de él no obtienen los medios suficientes para subsistir, no podrá extinguirse la obligación. Véase en este sentido la STS de 24 de octubre de 2008 (RJ 5556/2008), se estima que cuando el menor

⁴¹ En concreto hablamos del apartado 1. ° *velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral*. Véase en este sentido la STC 57/2005, de 14 de marzo de 2005, BOE núm. 93 de 19 de abril de 2005, *es un deber inherente al ejercicio de la patria potestad*.

⁴² El art. 110 del Cc., pone de manifiesto que, *el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos*.

⁴³ Esta relación entre alimentos y relación paterno-filial la podemos ver reflejada en la jurisprudencia del TS que ha establecido doctrina, donde dice, [...] *de ahí, que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación [...]* Véase las SSTs 551/2015 de 12 de febrero de 2015 (RJ 439/2015) y 111/2015 de 2 de marzo de 2015 (RJ 568/2015).

⁴⁴ *Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo*.

obtenga los ingresos suficientes para poder mantenerse (alimentación, vestido y educación) nada impide que pueda dejar de tener efecto la pensión alimenticia.

La obligación de prestar alimentos se trata de una obligación personalísima, indisponible e imprescriptible y la acción para reclamar el cumplimiento prescribe a los cinco años, tal y como se dispone en el art. 1966.1. ^a Cc.

5.2. Tipos de alimentos y qué incluyen

La pensión de alimentos, en base al art. 142 Cc., *incluye todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica [...] comprenden también la educación e instrucción del alimentista.*

Va a incluir todas aquellas *necesidades básicas de un ser humano, tanto las físicas como las intelectuales*, nos pone de manifiesto ÁLVAREZ ALARCÓN⁴⁵.

Como consecuencia de la anterior afirmación, vamos a poder diferenciar hasta tres tipos de gastos: ordinarios, extraordinarios y extraescolares.

Los gastos ordinarios son aquellos que expone el art. 142 Cc.

Los gastos extraordinarios son considerados gastos alimenticios que exceden del gasto ordinario, son impredecibles, no periódicos y necesarios. En el convenio regulador, los progenitores deberán acordar la contribución al 50% sobre estos gastos, es decir, deberán satisfacerlos por mitad y, en caso de divorcio contencioso, establecerá el juez el porcentaje más adecuado y dependiendo del poder adquisitivo de cada parte. Así lo ha entendido la SAP de Barcelona, Sección 12ª de 11 de junio de 2009 RJ 6575/2009).

Y, los gastos extraescolares, debemos diferenciarlos de los anteriores, comprenden todas aquellas excursiones, viajes, actividades deportivas, etc. Son gastos no imprescindibles, no urgentes, es decir, con las dos anteriores características ya vemos que no se pueden incluir en la anterior categoría, pero, tampoco en la de gastos ordinarios, por ello aparece este tercer grupo de gastos, los cuales deberán ser satisfechos por ambos progenitores siempre y cuando estén conformes con la realización de esa actividad y así lo hayan acordado entre ellos previamente, si mediara discrepancia, la Autoridad Judicial será la que decida sobre éstos gastos. Véase en este sentido la SAP de Barcelona Sección 12ª, de

⁴⁵ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., BLANDINO GARRIDO, M. A. y SÁNCHEZ MARTÍN, P., *Las crisis matrimoniales*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, 2016. pp. 264 y ss. Que hace cita en LA SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 12 de mayo de 2009 (RJ 4709/2009).

11 de junio de 2009 (RJ 7225/2009) y STS 161/2017, de 8 de marzo de 2017 (RJ 850/2017).

Respecto a los gastos que se realizan al principio de cada curso escolar, existe una gran discrepancia a la hora de incluirlos como gasto ordinario o como extraordinario. Véase la STS de 15 de octubre de 2014 (RJ 4438/2014): *los gastos causados al comienzo del curso escolar de cada año son gastos ordinarios en cuanto son gastos necesarios para la educación de los hijos, incluidos, por lo tanto, en el concepto legal de alimentos. Sin esos gastos los hijos no comenzarían cada año su educación e instrucción en los colegios. Y porque se producen cada año son, como los demás gastos propios de los alimentos, periódicos (lo periódico no es solo lo mensual) y, por lo tanto, previsibles en el sí y aproximadamente en el cuánto*. Estos gastos, por consiguiente, estarían incluidos en la pensión alimenticia ordinaria ya que considerando que se producen todos los años en la misma fecha, se considerarían periódicos. Una sentencia de reciente actualidad y, que sigue la doctrina de la anterior es la STS 157/2017, de 7 de marzo de 2017 (RJ 851/2017), donde considera los gastos escolares como gastos ordinarios.

También en la sentencia de 2014, cuando la actora recurre, alega la contradicción existente entre la jurisprudencia de las distintas Audiencias Provinciales, es decir, para algunas audiencias como la de Valladolid, Barcelona o la de Córdoba, los gastos escolares que se realizan a principio de curso son considerados ordinarios por ser gastos periódicos y previsibles, mientras que Audiencias como la de Cáceres o Navarra los consideran extraordinarios, porque a pesar de que se prevén, son gastos de cuantía desigual⁴⁶.

5.3. Determinación, modificación y cuestiones actuales

La determinación de la cuantía de la pensión alimenticia se hará teniendo como base o fundamento el art. 146 del Cc.,⁴⁷ que refleja un principio de proporcionalidad en este ámbito. Pues así, rigiéndonos por este principio tendremos en cuenta las posibilidades del alimentante y las necesidades del hijo para establecer una cifra.

⁴⁶ Véase en este sentido las siguientes sentencias: STS 557/2016, de 21 de septiembre de 2016 (RJ 4097/2016). SSAP de Barcelona 319/2011, de 27 de mayo de 2011 (RJ 4420/2011), Valladolid 271/2011, de 6 de octubre de 2011 (RJ 1311/2011), Córdoba 152/2013, de 27 de junio de 2013 (RJ 860/2013), así como más reciente la SAP de Barcelona 11/2017, de 11 de enero de 2017 (RJ 1400/2017); y por último las SAP de Cáceres de 18 de diciembre de 2009 y Navarra 21/2010, de 5 de marzo de 2010 (RJ 183/2010).

⁴⁷ *La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe*. Véase las SSTS de 10 de julio de 2015 (RJ 3157/2015) y de 8 de marzo de 2017 (RJ 850/2017).

Una cuestión un tanto controvertida, la genera la reciente custodia compartida, cómo se pagan los alimentos en este caso. Pues bien, la contribución a los alimentos va a depender de la situación económica de cada progenitor. En este punto vamos a encontrar diversas posibilidades, puede establecerse que cada uno soportará los gastos de manutención de los hijos cuando estén bajo su turno de custodia, dejando a un lado los gastos extraordinarios para pagarlos por mitades entre ambos progenitores y en caso de acordarse, de la misma forma se actuaría con los gastos extraescolares. Otra opción consiste en que los gastos de manutención, independientemente de con qué progenitor se encuentren los hijos, se repartan al cincuenta por ciento o en proporción a su capacidad económica⁴⁸.

Los alimentos no son automáticos, deben reclamarse, es decir, deben ser exigidos. Tiene legitimación para reclamarlos el progenitor que convive con los hijos. ÁLVAREZ ALARCÓN⁴⁹ nos habla de la legitimación del cónyuge para reclamar los alimentos de los hijos mayores siempre y cuando estos convivan en el domicilio con el progenitor y estén en la situación de necesidad que refleja el art. 93, párrafo segundo, del Cc.⁵⁰

En cuanto a la modificación, art. 91 Cc. “[...] *Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.*”. Es decir, se producirá un aumento o una disminución de la cifra de la pensión alimenticia en función de si son mayores o menores las necesidades de los hijos.

Aquí vamos a hablar de tres situaciones que se producen de forma frecuente en los juzgados y que, he podido ver en primera persona durante el periodo de prácticas.

En primer lugar, el nacimiento de un hijo de una relación posterior, ¿puede conllevar una modificación de la pensión alimenticia? En principio no, la doctrina recogida por el TS considera que no es causa suficiente el nacimiento de un nuevo hijo, fruto de una relación posterior, para modificar la pensión alimenticia del hijo nacido de una relación anterior. En todo caso, para poder modificarse y reducirse la cantidad tendrá que probarse que la

⁴⁸ Así lo contempla la STS de 2 de julio de 2014 (RJ 2650/2014), se establece el pago de la pensión alimenticia al 50% cada progenitor.

⁴⁹ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *op. cit.* pp. 316 y ss.

⁵⁰ Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código. En este sentido, STS de 24 de abril de 2000 (RJ 3422/2000).

capacidad económica del alimentante se ha visto mermada por este nuevo hijo y es insuficiente para hacer frente a la pensión alimenticia⁵¹.

En segundo lugar, ¿es posible la reducción de la cuantía a pagar en concepto de alimentos provocada por una disminución de los ingresos del alimentante? La respuesta es un sí condicionado, porque tendrá que probarse que los ingresos son muy inferiores a los que obtenía el alimentante en un momento anterior, es decir, antes de divorciarse. En los juzgados, nos tocó ver un caso en el que el padre de dos hijos, fontanero autónomo, en los últimos seis meses había tenido que pedir prestado dinero a sus padres debido a que el volumen de trabajo había disminuido considerablemente y apenas contaba con clientes, lo que suponía que no le alcanzaba el salario para satisfacer sus necesidades más primarias de alimento, vestido y hogar, por lo tanto, hubo que realizar una reducción de la cuantía a pagar, la cuantía prevista en un primer momento en convenio regulador establecía 400 euros por hijo, a día de hoy no llegaba a percibir casi ni 800 euros al mes con su trabajo⁵².

Y, en tercer lugar, ¿se puede suspender el pago en caso de grave situación económica? Se trata de una medida muy excepcional y que se adoptará sólo por un periodo de tiempo determinado ya que, en caso de que exista la mínima presunción de que el alimentante está obteniendo ingresos suficientes, cesará esta medida de suspensión y se rehabilitará el pago de la pensión alimenticia. Como en el caso anterior, llegar a este extremo de suspender los alimentos será porque el progenitor alimentante no puede satisfacer ni sus propias necesidades vitales, es decir, porque se encuentre en una situación económica precaria. Esta medida de suspensión no se ve con tanta asiduidad, como las anteriores, pero es importante tenerla en cuenta con la situación actual en nuestro país⁵³.

5.4. Extinción

Las causas de extinción están reguladas en los arts. 150 y 152 del Cc. y enumeramos a continuación:

- Por fallecimiento del alimentante/obligado a prestar los alimentos.
- En caso de fallecimiento del hijo/alimentista.
- Cuando el alimentista cometa alguna falta que dé lugar a la desheredación.

⁵¹ Véase las SSTs 197/2008 de 3 de octubre de 2008, de 30 de abril de 2013 (RJ 988/2015), 250/2013 de 30 de abril de 2013 (RJ 2081/2013) y de 21 de septiembre de 2016 (RJ 4100/2016).

⁵² En este sentido, entre otras, SSAP de Almería, Sección 1ª, de 19 de marzo de 2007 (RJ 2/2007), de Madrid de 16 de febrero de 2017 (RJ 1955/2017), de Ourense de 17 de marzo de 2017 (RJ 192/2017).

⁵³ Contamos del mismo modo con algunas sentencias recientes sobre este asunto como la STS de 12 de febrero de 2015 (RJ 439/2015), de 14 de noviembre de 2016 (RJ 5107/2016). O, sentencias de Audiencias Provinciales como la de Palma de Mallorca de 16 de marzo de 2017 (RJ 372/2017) o Madrid de 28 de marzo de 2017 (RJ 4114/2017).

- Si el alimentante ve reducida su fortuna llegando incluso a no poder satisfacer sus necesidades vitales.
- Cuando el alimentista finalice sus estudios y puede desempeñar un oficio o empleo.
- En caso de que el hijo mayor de edad que convivía con uno de los progenitores salga del entorno paterno o materno (93. 2º Cc.)

En el penúltimo caso, la STS de 24 de octubre de 2008 (RJ 5556/2008), estima que cuando el menor de edad obtiene ingresos propios de tal entidad que le permitan satisfacer sus necesidades básicas de alimento, vestido, vivienda y educación, cabe la suspensión del pago de los alimentos, pero, no podrá cesar. Únicamente cesará si se mantienen esos ingresos durante un largo tiempo que llevará, por consiguiente, a la extinción de la misma. Se suspende porque la situación del menor puede cambiar y dejar de recibir esos ingresos.

Y, en caso de que se trate de un hijo mayor de edad, sucederá algo semejante, éstos no van a contar con una pensión alimenticia por tiempo ilimitado y de forma incondicional, sino que, mientras continúen sus estudios, su formación académica, se mantendrán estos alimentos, ya que la formación académica es imprescindible para poder acceder a un puesto de trabajo con cierto grado de cualificación⁵⁴.

⁵⁴ Entre otras, SAP de Madrid de 20 de junio de 1995 y posteriormente, La Rioja de 1 de abril de 1998, (RJ 261/1998), donde la obligación de pago de alimentos subsiste mientras las necesidades del hijo se mantengan.

6. VIVIENDA FAMILIAR

La adjudicación de la vivienda familiar es la segunda consecuencia económica más relevante en una crisis matrimonial.

Esta adjudicación sirve como medio para proteger a la parte más débil o que merece mayor tutela. Como regla general, se adjudicará la vivienda al progenitor que ostente la guarda y custodia de los hijos menores, pero, también pueden las partes acordar quién tiene el derecho de uso de vivienda y, en caso de discrepancia, decidirá el Juez.

El TS en el año 1994⁵⁵ definió la vivienda familiar como un *bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, cualquiera que sea el propietario*.

Ahora bien, vamos a ver como la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3ª, el 8 de noviembre de 2007, va a realizar una definición más detallada de esta institución; considera que se trata de un *espacio físico, generalmente cerrado, que es ocupado por los componentes de una pareja y, en su caso, por sus descendientes más próximos (hijos), y que, a su vez, constituye el núcleo básico de su convivencia, es decir, el lugar donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos. Tal espacio puede tener diferente forma (vivienda unifamiliar, piso que forma parte de un edificio, dependencias dentro de una casa...) puede situarse en un ámbito rural o urbano y puede incluso ser compartido con otras personas (parientes o no), o familias, pero lo que caracteriza y diferencia de otros es que simboliza y encarna uno de los aspectos de la vida más preciados por el ser humano, cual es el de su intimidad personal y familiar*.

No va a tener gran trascendencia que la vivienda sea alquilada, de carácter privativo de un cónyuge o perteneciente a un familiar o un tercero, porque lo que se atribuye es el uso de la vivienda, no su propiedad.

Además, esta adjudicación tiene un carácter provisional y temporal ya que se otorgará por un periodo determinado a la parte que más lo necesite y, cuando su situación se vea mejorada tendrá que buscar una vivienda propia o, en caso de que se haya adjudicado por encontrarse los hijos bajo su custodia, cuando éstos sean independientes económicamente, finalizaría el periodo de uso.

⁵⁵ En concreto se trata de la STS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 20231/1994).

Debemos realizar una mención especial en los casos de custodia compartida ya que, el Cc., no prevé un criterio de atribución de la vivienda, sino que, se aplica el art. 96, párrafo segundo, del mismo texto, por analogía, es decir, *el Juez resolverá lo procedente*, es decir, resolverá acerca del uso de la vivienda o del reparto de su uso.

Vamos a encontrarnos en este momento con dos situaciones: el “niño-nido” y el “niño-maleta”. El primer escenario aparece cuando el niño es el que permanece de forma permanente en la vivienda familiar, siendo los progenitores los que rotan, es decir, durante los periodos de custodia alternan en la vivienda con el hijo; es una modalidad un tanto costosa ya que, se deben mantener tres viviendas, la familiar en la que se encuentra el hijo y la que posee cada progenitor. Si bien es cierto que, es más beneficioso para el descendiente puesto que no sufre un gran cambio en su rutina diaria.

Por otro lado, el “niño-maleta” es aquella situación en la que el niño es el que viaja de una casa a otra, ya no los progenitores, es la opción más económica, ahora bien, va a ser necesario que ambos domicilios se encuentren próximos el uno del otro, por el hecho de que, aunque exista este tipo de custodia, el hijo tendrá que acudir tanto si se encuentra con un progenitor como con el otro, al mismo colegio, instituto, al mismo centro de salud, etc., existe en este sentido, una Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 7 de marzo, que exigió a los progenitores fijar un domicilio para el empadronamiento.

A todo esto, la SAP de Madrid de 3 de febrero de 2013 (RJ 1937/2013) nos recuerda que *la convivencia de los hijos con los padres siempre es compartida, aunque no necesariamente al 50%*.

Existen dos criterios de atribución genéricos:

Primero, cuando existen hijos menores comunes, la doctrina establece que se atribuirá el uso de la vivienda a éstos en base al principio del interés del menor⁵⁶. Debemos recalcar que en ningún momento este método de atribución supone un beneficio para el cónyuge custodio sino, un beneficio para los hijos, para que tras el divorcio no sufran cambios tan bruscos.

Aun así, si mediara acuerdo entre los progenitores, la vivienda y su ajuar puede atribuirse al cónyuge no custodio, véase en este sentido el AAP de Burgos, Sección 2ª, de 4 de

⁵⁶ En este sentido, véase las SSTs de 14 de abril de 2011 (RJ 2672/2011), de 13 de julio de 2012 (RJ 5674/2012) y 16 de junio de 2014 (RJ 2258/2014).

noviembre de 2002 (RJ 472/2002), se atribuyó la vivienda familiar, el ajuar y un vehículo al padre, progenitor no custodio ya que, habían llegado a un acuerdo en convenio regulador, ahora bien, el progenitor no custodio compensa económicamente al cónyuge custodio y a los hijos que se encuentran bajo su guarda para adquirir una nueva vivienda que constituya su vivienda familiar⁵⁷.

Asimismo, se puede establecer un límite temporal de uso de vivienda para aquellas situaciones en las que se pretende liquidar el régimen económico matrimonial, pues hasta que los hijos sean mayores se mantendrá la vivienda familiar original o en casos en los que se encuentren en régimen de custodia compartida, siendo el hijo el que viaja de una casa a otra, no tenemos una única vivienda familiar sino dos, por lo tanto, se puede establecer un límite temporal de uso de la primera vivienda y posteriormente liquidarla, como podemos ver en la STS de 23 de enero de 2017 (RJ 168/2017)⁵⁸.

En segundo lugar, cuando no existan hijos comunes o estén emancipados, generalmente será para el titular de la vivienda excepto que, el no titular se encuentre en situación de necesidad o necesite una mayor protección⁵⁹, aquí siempre se establece un periodo de tiempo determinado. En caso de que ambos sean titulares, se atribuirá el uso a la parte más necesitada o se establecerá un uso alterno hasta que se proceda a su liquidación (STS de 14 de noviembre de 2012 RJ 7150/2010), en la misma línea, SAP de Valencia, sección 10ª, de 18 de septiembre de 2000 (RJ 5609/2000).

⁵⁷ En el mismo sentido SAP de Cádiz de 16 de mayo de 2006 (nº rec. 89/2006) donde se atribuye el uso de la vivienda a la exesposa a pesar de ostentar la guarda y custodia el padre.

⁵⁸ Del mismo modo, STS de 14 de marzo de 2017 (RJ 973/2017), régimen de custodia compartida, existen dos viviendas familiares, por lo tanto, no se puede adscribir sólo una como familiar, por ello, se limita el uso de la vivienda familiar, la cual, pasado el tiempo establecido, se liquidará junto con la sociedad de gananciales.

⁵⁹ Véase en este sentido las SSTs de 23 de noviembre de 1998, de 17 de junio de 2015 (RJ 2587/2015).

7. PENSIÓN COMPENSATORIA

La última consecuencia económica que vamos a tratar es la pensión compensatoria, algunos de sus aspectos más relevantes o que mayor conflicto causan.

Esta institución jurídica se encuentra definida en el art. 97, párrafo primero, del Cc., que fue reformado con la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. La reforma efectuó no sólo un cambio terminológico de pensión por el de compensación, sino también introdujo matices que se hacían necesarios, como, por ejemplo, la duración de la compensación.

La redacción anterior era la siguiente: *el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias [...]*.

Y la actual: *El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.*

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias [...].

Por lo tanto, podemos extraer de la definición que, la finalidad que se pretende es suplir el desequilibrio económico que produce a una de las partes el divorcio. La doctrina del TS⁶⁰ establece que únicamente se puede solicitar esta compensación en el mismo momento en que se produce la ruptura, no es viable que se lleve a cabo en un momento posterior.

⁶⁰ Véase en este sentido las siguientes SSTs: de 3 de octubre de 2008 (RJ 5236/2008) donde se dice que *es necesariamente (...) al tiempo de producirse la ruptura cuando se han de valorar las circunstancias y resolver tanto lo referente a si procede o no reconocer el derecho y en qué cuantía*; en la misma línea, 19 de enero de 2010 (RJ 327/2010), de 9 de febrero de 2010 (RJ 292/2010), siendo ésta última la sentencia que fijó doctrina, es decir, nace el derecho a la compensación por desequilibrio en el momento en que se produce la ruptura, no antes ni después; de 20 de febrero de 2014 (RJ 1385/2014) y, de 27 de noviembre de 2014 (RJ 6034/2014).

CARRANCHO HERRERO⁶¹ nos pone de manifiesto que la pensión compensatoria pretende *colocar al cónyuge más desfavorecido con la ruptura en situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas a las que habría tenido de no mediar vínculo matrimonial*.

Además, LEGERÉN MOLINA⁶², en la misma línea que la anterior autora, nos dice lo siguiente: *el objetivo legítimo de la prestación consiste en un auxilio al beneficiario para que pueda recuperar -siempre y cuando sea posible- la autonomía económica y la promoción de que se ha visto privado por causa del matrimonio*. Ambos autores para afirmar lo anterior, se han apoyado en la STS de 22 de junio de 2011 (RJ 5666/2011).

Una cuestión relevante a tener en cuenta es que la solicitud de esta pensión depende totalmente de la autonomía de la voluntad, es decir, debe ser solicitada por la parte afectada en el divorcio, porque el juez no puede de oficio establecerla⁶³.

Del mismo modo que la solicitud se encuentra sometida a la autonomía de la voluntad, va a ser un derecho renunciable, posibilidad que nos ofrece el art. 90 del Cc., referente al convenio regulador, *el convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos [...], en concreto el apartado f) cuando dice la pensión que conforme al art. 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges*, que se dé la posibilidad de acordarla en convenio hace que se permita renunciar a ella. Son relevantes en este sentido la STSJ de Cataluña 26/2001, de 4 de octubre (RJ 11837/2001) y SAP de Barcelona 671/2008, de 2 de octubre de 2008 (RJ 9222/2008).

En cuanto a la naturaleza de esta institución, se trata de una prestación singular debido a que su finalidad es reequilibrar la situación económica tras la crisis matrimonial, por lo tanto, es distinta de una pensión de alimentos y, no se puede considerar

⁶¹ CARRANCHO HERRERO, T., “Desequilibrio patrimonial y pensión compensatoria de divorcio. Sentencia de 20 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1385)”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil* 96, septiembre-diciembre 2014, pp. 393 a 407.

⁶² LEGERÉN MOLINA, A., “Imposibilidad de tener en cuenta eventos posteriores al momento de la ruptura para la determinación del desequilibrio generador de una prestación compensatoria. Sentencia de 27 de noviembre de 2014 (RJ 2014,6034)”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil* 98, mayo-agosto 2015, pp. 377 a 394.

⁶³ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *op. cit.* p. 373. Hace cita de la SAP de Guipúzcoa, sección 2ª, de 28 de febrero de 2001 (RJ 406/2001), la que, el autor considera la más clara respecto a este punto de la autonomía de la voluntad.

indemnización como tal, porque no se está indemnizando a uno de los cónyuges por la culpabilidad del otro por divorciarse, sólo podemos considerar indemnizatoria esta pensión si consideramos como perjuicio, el empeoramiento que ha sufrido uno de los cónyuges.

Como hemos podido observar, tras la reforma que se efectuó en el precepto, se da la posibilidad de establecer tres tipos de duración; bien puede ser temporal, bien una pensión por tiempo indefinido, teniendo en cuenta que se tratara de una pensión vitalicia, no pudiendo heredarse, es decir, finalizaría con la muerte del titular de este derecho y, por último, se puede realizar una prestación única, lo que significa, una cantidad a tanto alzado. Los tres tipos de duración de la compensación se determinarán en el convenio regulador o en la sentencia.

REBOLLEDO VARELA⁶⁴, que aparece citado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, considera que la prestación única tiene una ventaja principal consistente en evitar los problemas de un impago de pensión futura, ahora bien, el mayor problema reside en la gran capacidad económica que debe tener el cónyuge obligado a este pago a tanto alzado, considerando el mismo autor esta situación como más gravosa que una pensión periódica.

Huelga decir que no existe un criterio o criterios con los que el Juez pueda decidir qué tipo de pensión otorga, por consiguiente, si los cónyuges eligen uno de los tres tipos anteriores y lo plasman en el convenio regulador, el Juez únicamente podrá aceptarla mientras que, si no están de acuerdo, el Juez deberá tener en cuenta las necesidades de quien la solicita y las posibilidades de pagar esa pensión por parte del obligado para poder decantarse por un tipo.

Es de actualidad y de gran relevancia que el TS tenga siempre en cuenta la dedicación de la mujer a la familia y los años que lo ha llevado a cabo, así como, la pérdida de oportunidades⁶⁵.

Una sentencia importante acerca del establecimiento de una pensión compensatoria temporal y acordada en convenio regulador es la STS de 11 de diciembre de 2015 (RJ 5216/2015), en el año 2008 mediante convenio regulador, los cónyuges acuerdan el establecimiento de una pensión por desequilibrio hasta noviembre de 2018, pagadera en

⁶⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (coord.), *Curso de Derecho Civil (IV)*, op. cit., p. 213.

⁶⁵ Véase en este sentido las siguientes SSTs: de 11 de mayo de 2016 (RJ 2041/2016) y de 26 de mayo de 2017 (RJ 1591/2017).

12 mensualidades, el exesposo pretende en el año 2015 extinguir el pago de esta compensación por el nacimiento de un hijo de su exesposa con su nueva pareja, el TS contempla que, en primer lugar, mediante convenio se llegó al acuerdo del pago de esta compensación durante diez años y en segundo lugar, no se estableció una cláusula en el mismo que estipulara que en caso de nuevas nupcias, nueva relación o nacimiento de un nuevo hijo se extinguiera; la Sala resolvió que debía mantener el pago de la pensión compensatoria hasta la fecha establecida en el convenio.

En otra situación semejante, la STS de 18 de mayo de 2016 (RJ 2131/2016), falló desestimando el recurso interpuesto por el exesposo para extinguir el pago de la pensión compensatoria, estableciéndose a su vez por la Sala el carácter de ésta de indefinido. Volvamos un poco más atrás para ver qué sucedió: en un primer momento el juzgado de Primera Instancia nº 2 de Siero estableció una pensión compensatoria de 250 € mensuales con un límite temporal de cinco años desde la firmeza de la sentencia de divorcio. La exesposa interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Oviedo, la cual establece una pensión por valor de 350 €/mes. Ninguna de estas dos instituciones tuvo en cuenta que, en el convenio regulador de 10 de junio de 2011, fecha de la sentencia de divorcio, se fijó, de mutuo acuerdo una cuantía de 450 € al mes sin límite temporal alguno.

Alegando la representación de la afectada que en virtud del art. 100 del Cc., esta pensión *sólo podrá ser modificada por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge*, por lo tanto, para poder extinguir el exesposo la compensación por desequilibrio, deberá probar una alteración positiva en la fortuna de la exesposa⁶⁶. Debiendo tener en cuenta además el TS la edad de la afectada (47 años), la duración del matrimonio (18 años), el cuidado durante este tiempo de sus cuatro hijos, así como la pérdida de oportunidades en el mundo laboral, para poder modificar la limitación temporal y pase a ser una pensión indefinida.

En todo caso, para que el obligado al pago de esta pensión pueda modificarla o extinguirla, deberá probar que las circunstancias o hechos que llevaron al nacimiento de la misma, han dejado de existir.

⁶⁶ Véase en este mismo sentido la STS de 24 de octubre de 2013 (RJ 5028/2013) que establece lo siguiente *la modificación de la pensión compensatoria acordada en sentencia de separación sin límite temporal alguno, no puede producirse sino por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge*.

Por último, la STS de 26 de abril de 2017 (RJ 1591/2017) ha otorgado una pensión compensatoria a la exesposa basándose en el art. 1438 del Cc.⁶⁷. El por qué es muy sencillo, desde el año 2007 hasta 2014 (año en que se produce la ruptura), la esposa trabajaba en el negocio propiedad de su suegra y que administraba su esposo. Llevaba a cabo una jornada a tiempo parcial y dada de alta como trabajadora autónoma, por lo tanto, en caso de despido no tenía derecho a una indemnización (lo que es una situación laboral precaria). Y, aunque la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo⁶⁸ haya exigido siempre que para otorgarse una pensión compensatoria el cónyuge se haya dedicado de forma exclusiva al trabajo doméstico, estamos ante una situación en la que la esposa está contribuyendo a la actividad profesional del otro, además de contribuir a las cargas familiares con el sueldo y el cuidado de la casa y de los hijos durante dos años. El TS decide en este momento ampliar el concepto de “trabajo para la casa” que se recoge en el art. 1438 del Cc., pudiéndose en este momento incluir en ese concepto, el trabajo realizado en el negocio del cónyuge, siempre y cuando el que vaya a ser beneficiario de esta pensión, esté contratado como autónomo y, además, se va a incluir en esta sentencia que *solo puede acordarse en caso de régimen de separación de bienes*.

⁶⁷ Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación.

⁶⁸ Véase en este sentido las SSTs de 26 de marzo de 2015 (RJ 1490/2015) y de 28 de febrero de 2017 (RJ 714/2017).

8. CONCLUSIONES

PRIMERA. - La aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitió por primera vez en España el matrimonio homosexual, fue sin duda, desde mi punto de vista el mayor avance en materia civil en nuestra sociedad y, podríamos decir que a raíz de ella, surgieron distintas inquietudes que llevaron a más reformas como por ejemplo el intento de sustituir en el Cc., el término padres, por una palabra más genérica que englobara tanto el sexo masculino como el femenino, progenitores; digo intento ya que no se ha modificado en todos los preceptos.

Como dato de interés, España fue el tercer país a nivel mundial en aprobar una ley sobre este tema, por delante tenemos a Países Bajos que fue pionero, y Bélgica en segundo lugar; a día de hoy únicamente 22 países tienen en vigor esta normativa.

SEGUNDA. - El divorcio es una de las instituciones jurídicas de disolución matrimonial más relevante en nuestro país en los últimos diez años aproximadamente.

Podríamos justificar esta importancia con la Ley 15/2005, de 8 de julio, que llevó a cabo una profunda revisión tanto del Código Civil como de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo el cambio más trascendente la supresión del sistema causal de disolución matrimonial, otorgando total libertad de separación. No precisando causa, no se precisa prueba, por lo tanto, se acelera el proceso. Esta modificación supuso la máxima expresión de los derechos de libertad de elección, de expresión y, por último, pero no menos importante, la libre autonomía de la voluntad.

TERCERA. - La Ley de la Jurisdicción Voluntaria aprobada el 2 de julio de 2015, modificó la LEC y la Ley del Notariado otorgando mayores funciones tanto a Secretarios judiciales como a Notarios. Esta delegación consistía en poder llevar a cabo divorcios con mayor rapidez, ahora bien, con dos condiciones, se trate de un divorcio de mutuo acuerdo y la no existencia de hijos comunes menores no emancipados o que dependan de sus progenitores por estar incapacitados judicialmente.

Se trata de economía procesal en estado puro ya que, si se cumple ese requisito, no va a ser necesario acudir a un Juez a que apruebe el convenio regulador, sino que con ratificarlo ambas partes ante el Secretario Judicial o elevarlo a escritura pública en el caso del Notario va a decretarse el divorcio.

En definitiva, rapidez, economía procesal y menor sufrimiento para las partes.

CUARTA. - En la LOPJM encontramos a día de hoy dos cuestiones importantes reguladas y que van a tener relación tanto con la patria potestad como ante una situación de crisis matrimonial e incluso ante cualquier situación de la vida del menor. En primer lugar, dejar atrás la indeterminación de la definición de *interés superior del menor* nos pone de manifiesto unos aspectos que tienen que estar cubiertos, podríamos llamarlos, los *derechos fundamentales de los menores*.

En segundo lugar, dentro de estos derechos fundamentales, encontramos un nuevo derecho, el de ser oídos, poder dar su opinión o que sea consultado, que se tengan en cuenta sus deseos; era necesario que este derecho constara por escrito porque ante un proceso de divorcio, el menor que goce de cierta madurez tendrá derecho a opinar sobre todas aquellas circunstancias que le puedan afectar.

QUINTA. - La guarda y custodia compartida es una institución jurídica que a pesar de nacer en el año 2005, no es hasta el año 2010 – 2011 cuando el TS empieza a fijar doctrina y aclarar más de que se trata.

Estoy totalmente de acuerdo con la Sala acerca de que este tipo de custodia tendría que ser considerada lo normal, no como una excepción, ya que se busca proteger el interés del menor, darle una estabilidad y, que tras el divorcio no se produzca gran cambio en su vida, siendo la mejor solución para ello este tipo de guarda, disfrutando ambos progenitores del mismo periodo de tiempo de los hijos y viceversa, no produciéndose asimismo una discriminación otorgando la exclusividad de ésta a uno de ellos y privando al otro progenitor de pasar más tiempo con sus hijos.

En definitiva, se trata de una opción cuanto menos interesante y que debería ser considerada por los progenitores ante una situación de crisis matrimonial.

SEXTA. - Nos queda claro con la lectura de la jurisprudencia más relevante, así como la doctrina más reciente que la pensión de alimentos es una obligación que tienen los padres con los hijos menores, pero, además, se asegura la existencia de una sujeción filial con los alimentos, es decir, por el mero hecho de ser familia, no es necesario justificar la obligación de alimentos en la patria potestad ya que es inherente a ésta.

El derecho de los hijos de ser alimentados aparece entre las necesidades básicas definidas en el interés del menor.

SÉPTIMA. – Respecto a la pensión compensatoria se han producido una serie de cambios impulsados, como ya hemos visto, por la Ley 15/2005, de 8 de julio. Estos cambios, que se encuentran reflejados en el art. 97 del Cc., han supuesto una ampliación no sólo conceptual sino práctica, es decir, el concepto fue modificado añadiéndose la posibilidad de establecer tres tipos de compensaciones, lo cual supone la apertura de más opciones en la práctica en el momento de solicitarla ya que, no solo va a poder contar la persona afectada con una pensión temporal, sino que, dependiendo de ciertos aspectos que el TS considera relevantes (edad de la persona afectada, duración matrimonio, etc.) va a poder establecerse una pensión de pago único e incluso por tiempo indefinido.

Además, esta compensación únicamente puede ser solicitada por la parte afectada en el momento de la ruptura, no antes ni después, es lógico ya que, dar la posibilidad de solicitarla más tarde, podría suponer el intento de perjuicio económico a la parte que se vería obligada al pago y, no pudiendo solicitarse antes de la ruptura. Aquí podemos hablar también de autonomía de la voluntad debido a que, si las partes se ponen de acuerdo en el establecimiento de este tipo de pensión, podrán dejarlo plasmado en el convenio regulador, pudiendo ser modificada sólo por cambios de fortuna de quien recibe la compensación.

BIBLIOGRAFÍA

ACEDO PENCO, Á., *Derecho de Familia*, Dykinson, 2ª edición, 2016.

ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil IV*, 12ª edición, Edisofer, 2013.

ÁLVAREZ ALARCÓN, A., BLANDINO GARRIDO, M. A. y SÁNCHEZ MARTÍN, P., *Las crisis matrimoniales*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, 2016.

ARCH MARIN, M., “Divorcio conflictivo y consecuencias en los hijos: implicaciones para las recomendaciones de guarda y custodia”, en *Papeles del psicólogo*, Vol. 31, 2010.

BECERRIL, D., y VENEGAS, M., *La custodia compartida en España*, Dykinson S.L, 2017.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2013.

BERROCAL LANZAROT, A. I., “Cuestiones controvertidas e implicaciones prácticas en torno a la guarda y custodia compartida”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 756, 2016.

BERROCAL LANZAROT, A. I., “Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia compartida”, *La Ley Derecho de Familia, Revista Jurídica sobre familia y menores*, nº 3, 2014.

CABEZUELO ARENAS, A. L., *Polémicas Judiciales sobre Significado, Fijación, Contenido y Variabilidad de la Pensión de Alimentos de los Hijos tras la Separación y Divorcio (art. 93 CC)*, Aranzadi, 2010.

CANTÓN DUARTE, J., CORTÉS ARBOLEDA, M. DEL ROSARIO, JUSTICIA DÍAZ, M. DOLORES, “Las consecuencias del divorcio en los hijos”, en la revista de *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol. 2, nº 3, 2002.

CANTÓN DUARTE, J., JUSTICIA DÍAZ, M. DOLORES, *Conflictos matrimoniales, divorcio y desarrollo de los hijos*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2002.

CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., *Código Civil comentado*, Volumen I, Civitas, 2ª edición, 2016.

CARRANCHO HERRERO, T., “Desequilibrio patrimonial y pensión compensatoria de divorcio. Sentencia de 20 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1385)”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil* 96, septiembre-diciembre 2014.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Matrimonio y Constitución*, editorial Reus, 2013.

COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA, *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, 2006.

Cuaderno jurídico, “familia y sucesiones”, 2º trimestre 2016, nº 115, Editorial Jurídica Sepín S.L, 2016.

DE DORAL, ALONSO PÉREZ, LETE DEL RÍO y BONET NAVARRO, *Matrimonio y divorcio*, Civitas, Madrid, 1994.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., *Lecciones de Derechos de Familia*, Madrid, 2007.

DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, J. A., “La ruptura de los matrimonios entre españoles y extranjeros con menores. Una estadística comparada”, en *Papers revista de sociología*, 2014.

GARRIDO DE PALMA, V. M. (coord.), CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C., JIMÉNEZ GALLEGU, C., RODRIGUEZ PRIETO, F., GARRIDO CHAMORRO, P., MARTÍNEZ DÍE, R., *Instituciones de Derecho Privado*, 2ª edición, Civitas, 2015.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (director), coordinadoras: MORETÓN SANZ, M. F., VARA DONADO, A., VIVERO YÁÑEZ, F., *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, coedición: IDADFE, UNED y El Derecho Editores, 2006.

LASARTE ÁLVAREZ, C., “Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 655, 2005.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de Familia* (Principios de Derecho Civil VI), Marcial Pons, Madrid, 2016.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Patria Potestad, Guarda y Custodia* (Congreso IDADFE 2011), Tecnos, Madrid, 2014.

LEGERÉN MOLINA, A., “Imposibilidad de tener en cuenta eventos posteriores al momento de la ruptura para la determinación del desequilibrio generador de una prestación

compensatoria. Sentencia de 27 de noviembre de 2014 (RJ 2014,6034)”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil* 98, mayo-agosto 2015.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. TERESA, “Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 16, 2006.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (coord.), DE PABLO CONTRERAS, P. y PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Edisofer, 2016.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., ESCRIBANO TORTAJADA, P., *Comentarios a las sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil*, Tirant lo Blanch, 2016.

PÉREZ MARTIN, A. J., “El divorcio que viene”, en *Revista de Derecho de Familia*, 2005.

PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*, Barcelona, 2009.

POUS DE LA FLOR, M. PAZ (coord.), TEJEDOR MUÑOZ, L. (coord.), LASARTE ÁLVAREZ, C., RUIZ JIMÉNEZ, J., DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., LEONSEGUI GUILLOT, R. A., SERRANO GIL, A., *Protección jurídica del Menor*, Valencia, 2017.

RUIZ-RICO RUIZ, J. MANUEL y CASTAÑOS CASTRO, P., “Matrimonio y divorcio: sistemas legales de divorcio. La acción de divorcio. Los pactos matrimoniales”, apuntes de la Universidad de Málaga, no consta fecha ni editorial.

SCALA, J., “Efectos del divorcio según las estadísticas”, en *Revista Jurídica El Derecho*, 2003.

Volumen *Novedades legislativas en materia matrimonial* VVAA, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

RECURSOS

- Boletín Oficial del Estado
www.boe.es
- Vlex
www.vlex.es
- Tirant Lo Blanch
www.tirant.com
- Aranzadi Digital
www.aranzadidigital.es
- Noticias jurídicas
www.noticias.juridicas.com
- CENDOJ
www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp
- Dialnet
www.dialnet.unirioja.es
- Legal Today
www.legaltoday.com
- La Ley Digital
<http://laleydigital.laley.es>
- Blog de la editorial jurídica Sepin
<http://blog.sepin.es>

JURISPRUDENCIA

- Divorcio:

SAP de Madrid (sección 22) de 21 de abril de 1997

- Patria potestad:

SAP Barcelona de 9 de septiembre de 1997

SAP Valladolid de 7 de julio de 1999 (RJ 1101/1999)

SAP Castellón 72/2016, de 3 de junio de 2016 (RJ 698/2016)

SAP León 342/2016, de 28 de diciembre de 2016 (RJ 1283/2016)

STS de 14 de mayo de 1987 (RJ 3383/1987)

STS 555/1996, de 6 de julio de 1996 (RJ 4147/1996)

STS 713/1996, de 17 de septiembre de 1996 (RJ 4858/1996)

STS de 31 de diciembre de 1996 (RJ 9223/1996)

STS 900/2005, de 10 de noviembre de 2005 (RJ 6908/2005)

STS 36/2012, de 6 de febrero de 2012 (RJ 543/2012)

STS 325/2012, de 30 de mayo de 2012 (RJ 6547/2012)

STS 315/2014, de 6 de junio de 2014 (RJ 2131/2014)

STS 568/2015, de 30 de septiembre de 2015 (RJ 4122/2015)

STS 621/2015, de 9 de noviembre de 2015 (RJ 4575/2015)

STS 191/2016, de 8 de marzo de 2016, (RJ 903/2016)

STS 328/2016, de 20 de abril de 2016 (RJ 1672/2016)

STS 545/2016, de 16 de septiembre de 2016 (RJ 4089/2016)

STS 31/2017, de 19 de enero de 2017 (RJ 113/2017)

STS 216/2017, de 4 de abril de 2017 (RJ 1335/2017)

STC 141/2000, de 29 de mayo de 2000; BOE núm. 156, de 30 de junio de 2000

STC 174/2002, de 9 de octubre de 2002; BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2002

- Guarda y custodia (compartida):

STS de 7 de julio 2011 (RJ 5008/2011)

STS de 2 de julio de 2011 (RJ 5676/2011)

STS de 22 de julio de 2011 (RJ 5676/2011)

STS de 27 de septiembre de 2011 (RJ 7382/2011)

STS de 3 de octubre de 2011 (RJ 7381/2011)

STS de 5 de octubre de 2011 (RJ 6795/2011)

STS 229/2012, de 19 de abril de 2012 (RJ 5909/2012)

STS 323/2012, de 25 de mayo de 2012 (RJ 6542/2012)

STS de 10 de diciembre de 2012 (RJ 392686/2012)

STS de 7 de junio de 2013 (RJ 3943/2013)

- Alimentos:

SAP Madrid de 20 de junio de 1995

SAP La Rioja de 1 de abril de 1998 (RJ 261/1998)

SAP de Girona, 9 de noviembre de 2001 (JUR 2001, 61179)

SAP de Pontevedra de 26 de marzo de 2003 (AC 2003, 436)

SAP de Almería, Sección 1ª, de 19 de marzo de 2007 (RJ 2/2007)

SAP de Barcelona, sección 18ª, de 13 de junio de 2007 (nº rec. 812/2016)

SAP Barcelona, Sección 12ª, de 12 de mayo de 2009 (RJ 4709/2009)

SAP Barcelona, Sección 12ª de 11 de junio de 2009 (RJ 6575/2009)

SAP Barcelona, Sección 12ª de 11 de junio de 2009 (RJ 7225/2009)

SAP Cáceres de 18 de diciembre de 2009

SAP Navarra de 5 de marzo de 2010 (RJ 183/2010)

SAP Barcelona de 27 de mayo de 2011 (RJ 4420/2011)

SAP Valladolid de 6 de octubre de 2011 (RJ 1311/2011)

SAP Córdoba de 27 de junio de 2013 (860/2013)

SAP Barcelona 11/2017 de 11 de enero de 2017 (RJ 1400/2017)

SAP de Madrid de 16 de febrero de 2017 (RJ 1955/2017)

SAP de Palma de Mallorca, de 16 de marzo de 2017 (RJ 372/2017)

SAP de Ourense de 17 de marzo de 2017 (RJ 192/2017)

SAP de Madrid de 28 de marzo de 2017 (RJ 4114/2017)

STS de 13 de abril de 1991 (RJ 2685/1991)

STS de 24 de abril de 2000 (RJ 3422/2000)

STS 917/2008 de 3 de octubre de 2008 (nº rec. 2727/2004)

STS de 14 de octubre de 2008 (nº rec. 726/2005)

STS de 24 de octubre de 2008 (RJ 5556/2008)

STS 250/2013, de 30 de abril de 2013 (RJ 2081/2013)

STS de 30 de abril de 2013 (RJ 988/2015)

STS de 2 de julio de 2014 (RJ 2650/2014)
STS de 15 de octubre de 2014 (RJ 4438/2014)
STS 551/2015 de 12 de febrero de 2015 (RJ 439/2015)
STS 111/2015 de 2 de marzo de 2015 (RJ 568/2015)
STS de 10 de julio de 2015 (RJ 3157/2015)
STS 557/2016, de 21 de septiembre de 2016 (RJ 4097/2016)
STS de 21 de septiembre de 2016 (RJ 4100/2016)
STS 157/2017 de 7 de marzo de 2017 (RJ 851/2017)
STS 161/2017, de 8 de marzo de 2017 (RJ 850/2017)
STS de 14 de noviembre de 2016 (RJ 5107/2016)
STC 57/2005, de 14 de marzo de 2005. BOE núm. 93 de 19 de abril de 2005

- Vivienda familiar:

AAP de Burgos, Sección 2ª, de 4 de noviembre de 2002 (RJ 472/2002)
SAP de Valencia, sección 10ª, de 18 de septiembre de 2000 (RJ 5609/2000)
SAP de Cádiz de 16 de mayo de 2006 (RJ 647/2006)
SAP de Las Palmas, sección 3ª, el 8 de noviembre de 2007
SAP de Madrid de 3 de febrero de 2013 (RJ 1937/2013)
STS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 20231/1994)
STS de 23 de noviembre de 1998
STS de 14 de abril de 2011 (RJ 2672/2011)
STS de 13 de julio de 2012 (RJ 5674/2012)
STS de 14 de noviembre de 2012 (RJ 7150/2010)
STS 16 de junio de 2014 (RJ 2258/2014)
STS de 23 de enero de 2017 RJ 168/2017)
STS de 17 de junio de 2015 (RJ 2587/2015)
STS de 14 de marzo de 2017 (RJ 973/2017)

- Pensión compensatoria

SAP de Barcelona de 2 de octubre de 2008 (nº rec. 313/2008)
STS de 3 de octubre de 2008 (RJ 5236/2008)
STS 19 de enero de 2010 (RJ 327/2010)
STS de 9 de febrero de 2010 (RJ 292/2010)

STS de 22 de junio de 2011 (RJ 5666/2011)
STS de 24 de octubre de 2013 (RJ 5028/2013)
STS de 20 de febrero de 2014 (RJ 1385, 2014)
STS de 27 de noviembre de 2014 (RJ 6034/2014)
STS de 26 de marzo de 2015 (RJ 1490/2015)
STS de 11 de diciembre de 2015 (RJ 5216/2015)
STS de 11 de mayo de 2016 (RJ 2041/2016)
STS de 18 de mayo de 2016 (RJ 2132/2016)
STS de 28 de febrero de 2017 (RJ 711/2017)
STS de 26 de mayo de 2017 (RJ 1591/2017)
STS de 26 de abril de 2017 (RJ 1591/2017)